

LA RESPONSABILITÉ

du Président du Conseil d'Administration
des Sociétés par Actions
depuis la loi du 16 novembre 1940

Thèse pour le Doctorat en Droit

présentée et soutenue le 8 décembre 1941

PAR

Gilles GOZARD

JURY DE LA THÈSE :

Président . . .	M. JULLIOT DE LA MORANDIERE, <i>Professeur.</i>
Suffragants. . .	MM. HAMEL, <i>Professeur.</i>
	AMIAUD, <i>Professeur.</i>

P A R I S

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot, 20

1 9 4 1

UNIVERSITE DE PARIS — FACULTE DE DROIT

Nom du candidat : Gozard.

Prénom : Gilles.

Date de la soutenance : 8 décembre 1941.

Numéro d'ordre : 86.

GOZARD (Gilles). La responsabilité du Président du Conseil d'administration des Sociétés par actions depuis la loi du 16 novembre 1940. — Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1941. In-8 raisin, IV + 128 p.

(Thèse Droit, Paris, 1941, N° 86)

GOZARD (Gilles). La responsabilité du Président du Conseil d'administration des Sociétés par actions depuis la loi du 16 novembre 1940. — Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1941. In-8 raisin, IV + 128 p.

(Thèse Droit, Paris, 1941, N° 86)

GOZARD (Gilles). La responsabilité du Président du Conseil d'administration des Sociétés par actions depuis la loi du 16 novembre 1940. — Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1941. In-8 raisin, IV + 128 p.

(Thèse Droit, Paris, 1941, N° 86)

GOZARD (Gilles). La responsabilité du Président du Conseil d'administration des Sociétés par actions depuis la loi du 16 novembre 1940. — Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1941. In-8 raisin, IV + 128 p.

(Thèse Droit, Paris, 1941, N° 86)

Nom du candidat : Goxard.
Prénom : Gilles.

Date de la soutenance : 8 décembre 1941.
Numéro d'ordre : 88.

GOYARD (Gilles). La responsabilité
du Président du Conseil d'administra-
tion des Sociétés par actions depuis
la loi du 18 novembre 1940. — Paris,
Librairie Générale de Droit et de
Jurisprudence, 1941. In-8. reisin.
iv + 128 p.
(Thèse Droit, Paris, 1941. N° 86)

GOYARD (Gilles). La responsabilité
du Président du Conseil d'administra-
tion des Sociétés par actions depuis
la loi du 18 novembre 1940. — Paris,
Librairie Générale de Droit et de
Jurisprudence, 1941. In-8. reisin.
iv + 128 p.
(Thèse Droit, Paris, 1941. N° 86)

GOYARD (Gilles). La responsabilité
du Président du Conseil d'administra-
tion des Sociétés par actions depuis
la loi du 18 novembre 1940. — Paris,
Librairie Générale de Droit et de
Jurisprudence, 1941. In-8. reisin.
iv + 128 p.
(Thèse Droit, Paris, 1941. N° 86)

GOYARD (Gilles). La responsabilité
du Président du Conseil d'administra-
tion des Sociétés par actions depuis
la loi du 18 novembre 1940. — Paris,
Librairie Générale de Droit et de
Jurisprudence, 1941. In-8. reisin.
iv + 128 p.
(Thèse Droit, Paris, 1941. N° 86)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

***La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.***

LA RESPONSABILITÉ
du Président du Conseil d'Administration
des Sociétés par Actions
depuis la loi du 16 novembre 1940

Thèse pour le Doctorat en Droit
présentée et soutenue le 8 décembre 1941

PAR

Gilles GOZARD

JURY DE LA THÈSE :

Président . . . M. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Professeur.*
Suffragants. . } MM. HAMEL, *Professeur.*
 } AMIAUD, *Professeur.*

P A R I S
LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20
1 9 4 1



INTRODUCTION

Dans l'étude qu'il consacrait au nouveau statut de la fonction d'administrateur de Sociétés anonymes tel qu'il résultait des dispositions des décrets-lois de 1935, un auteur déclarait :

« C'est le Conseil d'Administration, organe collectif, et non plus les administrateurs personnellement, qui assure la direction et la surveillance des affaires sociales. L'administrateur n'a plus à intervenir que comme membre de cet organe et, dans la pratique, sa véritable fonction est devenue celle de « Membre d'un Conseil d'Administration ». Son rôle n'est plus tel que l'avait conçu le législateur » (1).

Cette constatation rejoignait celle contenue dans une étude de la *Revue Politique et Parlementaire*, consacrée à l'administration des Sociétés anonymes, qui s'exprimait ainsi sur le compte de l'administrateur :

« Il lui est impossible d'intervenir individuellement et de traiter seul aucune affaire. Son rôle est de donner son sentiment sur les questions intéressant la marche de la Société. Il expose son avis

(1) Romain Aymard, *Le nouveau statut de la fonction d'administrateur des Sociétés anonymes*.

« dans les questions soumises au Conseil. Il peut
« même évoquer devant lui tout fait qui vient à sa
« connaissance. Mais, il n'administre jamais person-
« nellement. D'ailleurs on ne peut concevoir qu'il en
« soit autrement et qu'il joue un rôle séparé qui
« amènerait rapidement l'incohérence au sein du
« Conseil » (2).

Ainsi, avant la loi du 16 novembre 1940, la pratique avait suppléé aux insuffisances des dispositions de la loi du 24 juillet 1867, dont l'article 22 se bornait à disposer :

« Les Sociétés anonymes sont administrées par
« un ou plusieurs mandataires à temps, révocables,
« salariés ou gratuits, pris parmi les associés.

« Ces mandataires peuvent choisir parmi eux un
« directeur, ou, si les statuts le permettent, se subs-
« tituer un mandataire étranger à la Société et dont
« ils sont responsables envers elle. »

Peu à peu s'était dégagée la notion de Conseil d'Administration. Les mandataires prévus par la loi de 1867 étaient devenus les membres du Conseil d'Administration. Chacun d'eux ne pouvait, à moins de délégation spéciale, agir isolément et indépendamment des autres. La Société se trouvait administrée par un collège de mandataires qui agissait par l'intermédiaire d'un ou de plusieurs de ses membres spécialement habilités à cet effet par lui.

(2) *Revue Politique et Parlementaire*, juin 1936.

Le Conseil d'Administration se donnait un Président. Cependant la présidence constituait pour l'administrateur qui l'occupait plus un titre qu'une fonction véritable. Le Président ne jouait généralement, en ce qui concerne la direction et l'administration de la Société, qu'un rôle égal à celui des autres administrateurs. Seuls, ceux ou celui de ceux-ci qui avaient une délégation du Conseil pour agir au nom de la Société prenaient une part prépondérante dans la direction de celle-ci. Encore leur rôle était-il davantage celui d'exécutants des décisions du Conseil que celui d'animateurs de la Société. La part laissée à leur initiative était généralement assez réduite, d'autant plus qu'à côté d'eux le Conseil plaçait fréquemment un Comité de Direction. Ce Comité de Direction qui siégeait presque en permanence, puisque les statuts ou le règlement intérieur de la Société prévoyaient souvent sa réunion quotidiennement, était le véritable dirigeant de la Société. Les administrateurs délégués ne faisaient qu'exécuter ses décisions.

La loi du 16 novembre 1940 a donné à la notion de Conseil d'Administration dégagée par la pratique sa base légale en stipulant dans son article premier :

« La Société anonyme est administrée par un Conseil... »

Mais elle a profondément modifié les autres règles d'administration des Sociétés par actions en amenuisant la notion d'anonymat qui est à la base des

Sociétés par actions au profit d'une notion nouvelle : celle du Chef.

Désormais, à la tête de toute société anonyme doit se trouver un chef : le Président du Conseil d'Administration, qui remplit les fonctions de Directeur Général de la Société. S'il n'exerce pas lui-même les fonctions de Directeur Général, le tiers qui les remplit agit pour son compte et sous sa responsabilité.

Le Comité de Direction que la pratique avait créé disparaît. Le Président du Conseil d'Administration peut, d'après l'article 2 de la loi du 16 novembre 1940 nommer un Comité d'Etudes. A ce Comité peuvent siéger des administrateurs ou des directeurs de la Société, ou les uns et les autres. Mais les membres de ce Comité d'Etudes n'ont aucun pouvoir de direction. Ils étudient seulement les questions que le Président leur soumet. Ils donnent leur avis, que le Président n'est pas tenu de suivre. C'est à cela que se limite le rôle des membres du Comité d'Etudes et du Comité lui-même. Sa constitution ne réduit donc en aucune façon les pouvoirs légaux de direction du Président du Conseil d'Administration.

Le Président du Conseil d'Administration est ainsi le rouage essentiel de la Direction des Sociétés par actions. C'est lui qui incarne la Direction de la Société. C'est lui qui a la charge de la gestion des affaires sociales. Sans doute, le Conseil d'Administration continue bien à administrer la Société, selon les termes mêmes de l'article premier de la loi du 16

novembre 1940. Mais pratiquement, des diverses dispositions de cette loi, il résulte que c'est le Président du Conseil d'Administration qui seul dirige la Société, le Conseil d'Administration étant réduit à jouer un rôle de Conseil de surveillance aux attributions très larges.

Cet accroissement des pouvoirs du Président du Conseil d'Administration devait entraîner de profonds changements dans les conditions de mise en œuvre de sa responsabilité. Non seulement celle-ci devient plus vaste et plus étendue, mais son caractère même change.

Le Président du Conseil d'Administration demeure un des mandataires de la Société. Mais, le rôle de chef que lui assigne la loi ajoute à sa responsabilité comme mandataire une responsabilité particulière.

Cette responsabilité, exprimée par l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940, se traduit par l'application au Président du Conseil d'Administration, en cas de faillite de la Société, des déchéances attachées par la loi à la faillite. Les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité en font une sorte de responsabilité professionnelle. La création par la loi du 16 novembre 1940 de cette nouvelle responsabilité à l'encontre du Président du Conseil d'Administration laisse d'ailleurs prévoir une évolution du caractère même de la fonction de président bien plus accentuée que celle qu'enregistre déjà la nouvelle loi.

Le Président du Conseil d'Administration n'apparaît en effet plus seulement responsable vis-à-vis des tiers ou des associés. Il est chargé d'une responsabilité professionnelle ou de fonction mise en œuvre par le Tribunal de Commerce sans que ni les associés ni les tiers n'aient formulé une plainte ou un grief quelconque à son encontre. Ceci constitue le premier stade d'une responsabilité vis-à-vis de l'intérêt général du pays. Si cette évolution se précisait, le Président du Conseil d'Administration, à l'exemple de ce que stipule la loi allemande de 1937, dirigerait la Société plus en vue de l'intérêt général que pour la satisfaction des intérêts particuliers des actionnaires.

Ces transformations apportées par la loi du 16 novembre 1940 dans la nature même des fonctions de Président du Conseil d'Administration d'une Société anonyme entraînent de profondes modifications dans les principes et le jeu de la responsabilité de celui-ci. Ce sont les nouvelles règles qui régissent cette responsabilité que nous nous proposons d'étudier.

Nous nous efforcerons de les préciser autant que faire se peut actuellement.

La loi du 16 novembre 1940 a introduit des notions nouvelles dans la législation des sociétés par actions. Mais elle a omis de les déterminer exactement. Elle les a seulement esquissées. Doit-on en faire le reproche aux rédacteurs de la loi ? Une réponse affirmative ne paraît pas devoir s'imposer.

Nous sommes en présence de notions nouvelles

encore en évolution et partant imprécises. Elles constituent plutôt des tendances que des notions parfaitement fixées. Leur caractère rend donc particulièrement délicate l'étude de leurs conséquences, entre autre pour ce qui est de la responsabilité du Président du Conseil d'Administration sous le nouveau régime légal. Nous essaierons cependant de dégager les principales lignes de cette responsabilité, sans toutefois prétendre atteindre à des conclusions définitives que seule la législation ultérieure permettra d'établir.

Pour cela, nous préciserons tout d'abord le rôle du Président du Conseil d'Administration placé à la tête de la Société anonyme. Puis, après avoir analysé sa double qualité de membre du Conseil d'Administration mandataire de la Société et de Président-Chef de celle-ci, nous examinerons sa responsabilité dans l'un et l'autre cas.

Un chapitre premier sera donc consacré aux fonctions du Président du Conseil d'Administration avant et depuis la loi du 16 novembre 1940.

Dans un second chapitre, nous rechercherons sa responsabilité comme membre du Conseil d'Administration.

Enfin, dans un troisième et dernier chapitre, nous analyserons sa responsabilité particulière en tant que Président.

CHAPITRE PREMIER

LES FONCTIONS DE PRESIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

SECTION I

Avant la loi du 16 novembre 1940

Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, les dispositions légales consacrées à la direction des sociétés par actions étaient des plus sommaires.

L'article 22 de cette loi stipulait seulement que les sociétés anonymes étaient administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les associés. Il autorisait ces mandataires, que la pratique qualifiait d' « Administrateurs » à désigner l'un d'entre eux comme Directeur, et, si les statuts le permettaient, à se substituer pour la direction de la Société, un mandataire étranger à la Société. Dans ce dernier cas, les administrateurs demeuraient responsables vis-à-vis de la Société des actes de ce mandataire substitué.

Quelques autres dispositions fixaient la durée du mandat des administrateurs, les déclaraient rééligibles, prévoyaient le dépôt par eux dans les caisses sociales d'actions de garantie et précisaient la con-

duite qu'ils devaient tenir dans un certain nombre de cas particuliers.

Mais aucun texte n'organisait la direction des sociétés par actions et ne stipulait dans quelles conditions les administrateurs exerceraient leurs fonctions.

La loi du 24 juillet 1867 prévoyait la nomination d'un ou plusieurs mandataires nommés par l'Assemblée générale des actionnaires pour une durée maxima de six ans ou, pour les premiers mandataires désignés par les statuts, pour une durée de trois ans. L'administration des sociétés par actions pouvait donc être assurée par une seule personne, un administrateur unique. Cette formule fut cependant assez rarement utilisée. Plus généralement, les statuts sociaux prévoyaient la désignation de plusieurs administrateurs. Dans ce cas, comblant une lacune de la loi du 24 juillet 1867, les statuts réunissaient tous les administrateurs dans un organe collectif : le Conseil d'administration.

Ni le terme ni la chose n'étaient prévus par la loi du 24 juillet 1867. Cependant, les dispositions mêmes de cette loi commandaient la réunion des administrateurs en un organe collectif de gestion. La loi du 24 juillet 1867 plaçait tous les administrateurs sur le même plan. Ils avaient tous les mêmes pouvoirs, la même capacité et, éventuellement, les mêmes responsabilités.

Les décisions relatives à la marche des affaires

sociales ne pouvaient être prises que par l'ensemble des administrateurs ou plus exactement par le Conseil d'administration, organe collectif de gestion qui se continuait et conservait tous ses droits malgré les mutations pouvant survenir dans son sein (1). Chaque administrateur représentait à lui seul la Société, mais ne pouvait agir sans le concours des autres, à moins, bien entendu, de dispositions contraires des statuts (2).

Les statuts, en même temps qu'ils stipulaient l'existence du Conseil d'administration, déterminaient le nombre de ses membres et les conditions dans lesquelles ils étaient désignés. La loi du 24 juillet 1867 était en effet muette sur ce point. D'autre part, ils indiquaient le nombre d'actions de garantie que devait posséder chaque administrateur. Et surtout, les statuts précisaient quelle était l'étendue des pouvoirs du Conseil d'administration. Ceux-ci faisaient l'objet d'une énumération qui, si elle n'était pas strictement limitative, mais seulement énonciative, posait cependant assez nettement les limites des pouvoirs des administrateurs. C'est ainsi, entre autre, que les pouvoirs de disposition étaient généralement refusés au Conseil d'administration pour être réservés à l'Assemblée générale des actionnaires elle-même.

Mais un organe collectif ne peut agir que s'il a un ou plusieurs représentants qui traduisent en actes

(1) Houpin et Bosvieux, t. II, n° 1048.

(2) Aymard, *Le nouveau statut de la fonction d'administrateur de Société anonyme*, p. 47.

les décisions prises par lui. Dès l'instant que l'administration et la direction des sociétés anonymes étaient confiées à un Conseil d'administration, il devenait nécessaire que celui-ci ait un ou plusieurs mandataires, personnes physiques, qui puissent mettre à exécution ses délibérations. En l'espèce, ces mandataires étaient le Président du Conseil d'administration et l'Administrateur-délégué.

La loi du 24 juillet 1867 ne prévoyait pas davantage l'existence du Président du Conseil d'administration qu'elle ne se préoccupait du Conseil d'administration. Par suite, ni le mode de nomination, ni les conditions d'éligibilité, ni l'étendue des fonctions du Président du Conseil d'administration ne faisaient l'objet de dispositions légales.

Ce fut donc la pratique qui dégagea peu à peu, en les inscrivant dans les statuts sociaux, les règles applicables à ces divers points.

La nomination du Président était généralement confiée au Conseil d'administration lui-même. C'était les membres du Conseil qui devaient choisir parmi eux le Président de celui-ci. Plus rarement le choix du Président du Conseil d'administration pouvait être une prérogative de l'Assemblée générale qui, en désignant les administrateurs, indiquait lequel d'entre eux serait Président du Conseil d'administration.

Lorsque le Président était nommé par le Conseil, les statuts n'exigeaient pas, dans la plupart des cas, que sa désignation soit acquise à une majorité parti-

culière. La majorité simple suffisait avec le quorum prévu par les statuts pour que le Conseil d'administration délibère valablement.

Aucune condition spéciale d'éligibilité n'était prévue par les statuts. Ceux-ci se bornaient à déclarer que « le Conseil choisit dans son sein son Président... ». C'était indiquer implicitement que le Président devait être membre du Conseil d'administration, c'est-à-dire administrateur et actionnaire, un administrateur devant, aux termes de la loi du 24 juillet 1867, être nécessairement actionnaire. Aucune autre qualité particulière n'était exigée du Président par les statuts. Faut-il ajouter qu'en pratique le choix de la personne du Président était guidé par le souci de placer à la tête du Conseil d'administration une personnalité aussi représentative que possible et jouissant d'un crédit moral, commercial ou financier des plus solides et des plus vastes. Mais cette préoccupation n'était naturellement pas inscrite dans les statuts.

En ce qui concerne les fonctions mêmes du Président du Conseil d'administration, le silence absolu de la loi n'était pas compensé par des dispositions beaucoup plus explicites des statuts. Ceux-ci étaient presque aussi silencieux que celle-là. Tout au plus précisaient-ils le rôle actif du Président du Conseil d'administration à l'intérieur de la Société en lui conférant les pouvoirs suivants :

1° Convoquer le Conseil d'administration, en pré-

sider et en diriger les débats ; signer seul avec un secrétaire les procès-verbaux des délibérations, à moins que les statuts ne prévoient leur signature par tous les administrateurs présents ; signer les copies de ces procès-verbaux à produire en justice ou ailleurs ;

2° Convoquer l'Assemblée générale, à moins que ce soin n'ait été confié à l'administrateur-délégué, en présider et diriger les débats, signer les procès-verbaux des assemblées ;

3° Souvent un droit de contrôle et de surveillance particulier sur la gestion du directeur général qui devait alors l'informer de tout ce qui était susceptible d'intéresser le Conseil d'administration et par suite le tenir au courant de tous les actes importants de sa gestion.

Enfin, en dehors des attributions que nous venons d'énoncer, les statuts prévoyaient fréquemment que le Président du Conseil d'administration mènerait, conjointement avec le directeur général ou l'administrateur-délégué, la négociation des actes les plus importants de la vie sociale.

Le mandat particulier du Président du Conseil d'administration se réduisait généralement à ces attributions. Il faut souligner en particulier qu'il ne bénéficiait d'aucun pouvoir permanent d'administration. Il ne pouvait gérer à lui seul la Société, car il n'avait à cet effet aucune délégation du Conseil d'administration. Il ne possédait pas la signature sociale.

Il n'avait donc pas, en ce qui concerne l'administration de la Société, des pouvoirs dépassant ceux d'un administrateur ordinaire, sauf, dans le cas d'une stipulation spéciale des statuts, une voix prépondérante dans les délibérations du Conseil d'administration.

Ce rôle actif réduit du Président, à l'intérieur de la Société, était complété, il est vrai, par un rôle extérieur officiel et représentatif. Mais celui-ci ne faisait l'objet d'aucune prescription statutaire et ne correspondait à aucune attribution nettement définie. Il se développait plus ou moins selon la personnalité du Président et au hasard des circonstances. Nous l'avons analysé ainsi (3) :

« C'était le Président du Conseil d'administration
« qui était le représentant officiel de la Société vis-à-
« vis du public. C'était lui qui incarnait la Société
« vis-à-vis de l'extérieur. C'était aussi lui qui, géné-
« ralement, était chargé du côté financier de la ges-
« tion de la Société. C'était en particulier lui qui
« recherchait des capitaux nouveaux pour une aug-
« mentation de capital, qui cherchait pour la Société,
« s'il était besoin, des sommes à emprunter : il était
« surtout le chef des affaires extérieures. »

Les fonctions particulières du Président du Conseil d'administration étaient donc des plus limitées. Il était, ainsi que les autres administrateurs, membre

(3) Pierre Baudouin-Bugnet et Gilles Cozard, *La Direction des Sociétés par actions, en France et en Allemagne*, p. 16.

du Conseil d'administration, sans qu'il résultât pour lui, de sa présence au fauteuil présidentiel, des prérogatives sensibles et des pouvoirs spéciaux notables.

Nous préciserons, *infra*, en étudiant les fonctions du Président du Conseil d'administration depuis la loi du 16 novembre 1940, quelle était sa qualité exacte comme membre du Conseil d'administration. Il l'a d'ailleurs conservée sous l'empire de la nouvelle législation.

SECTION II

Depuis la loi du 16 novembre 1940

Si la loi du 16 novembre 1940 a apporté des modifications capitales dans les fonctions de Président du Conseil d'administration des sociétés anonymes, elle a cependant laissé subsister les règles antérieures qui faisaient du Président un membre du Conseil d'administration avec tous les caractères que comporte cette qualité.

La loi du 16 novembre 1940 pose un certain nombre de principes : la société anonyme est administrée par un Conseil de trois membres au moins et de douze au plus ; le Président de ce Conseil d'administration remplit les fonctions de directeur général ; aucun autre membre du Conseil d'administration ne peut être investi de fonctions de direction dans la Société.

L'article 6 de la loi du 16 novembre 1940 abroge toutes les dispositions légales qui sont contraires à la loi. Demeurent donc en vigueur toutes celles qui ne paraissent pas être en contradiction avec les nouvelles prescriptions de la loi.

C'est ainsi que subsiste l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 en tant qu'il déclare que les sociétés anonymes sont administrées par des mandataires à temps révocables, salariés ou gratuits pris parmi les associés. Les membres du Conseil d'administration, dont l'existence juridique est consacrée par l'article premier de la loi du 16 novembre 1940 qui dispose que « la société anonyme est administrée par un conseil », sont donc les mandataires de la Société personne morale.

D'autre part, les membres du Conseil d'administration conservent le droit, que leur donnait antérieurement le deuxième paragraphe de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867, de choisir parmi eux un directeur des affaires sociales.

Par ailleurs, la loi du 16 novembre 1940, si elle prévoit l'existence du Président du Conseil d'administration, omet d'indiquer dans quelles conditions il est nommé, par qui, et les conditions d'éligibilité qu'il doit remplir. La loi nouvelle se contente de prévoir son rôle.

L'article premier de la loi du 16 novembre 1940 qui tranche pas la question de savoir si une personne morale, plus particulièrement une société, peut être

Administrateur et Président du Conseil d'administration d'une autre société.

Sans doute, les auteurs sont d'accord sur ce point. Une société peut parfaitement être membre et même Président du Conseil d'administration d'une autre société (4). Le décret-loi du 29 novembre 1939 sur la reprise du cours de certains délais l'a d'ailleurs confirmé occasionnellement en disposant dans son article 16 que « toute personne ou société visée par « l'article premier du décret du 1^{er} septembre 1939, « investie des fonctions d'administrateur ou de membre du Conseil de surveillance d'une société... ».

Il eût néanmoins été préférable que la nouvelle loi le précisât.

La loi du 16 novembre 1940 dispose que le Président du Conseil d'administration est de droit Directeur général de la Société. Le Conseil d'administration n'a donc plus la faculté de se donner tout d'abord un Président, puis de choisir en outre un autre de ses membres comme Directeur des affaires sociales.

En choisissant son Président, le Conseil d'administration épuise le droit que lui reconnaît le deuxième paragraphe de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 de désigner parmi ses membres un Directeur des affaires sociales. Ou encore, lorsqu'il désigne un Directeur des affaires sociales parmi ses membres, le

(4) En ce sens : Esmein, *L'administrateur des sociétés anonymes d'après la loi du 16 novembre 1940* ; *Gaz. Pal.*, 19 déc. 1940 ; Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, t. II, n° 1034 ; Rousseau, *Traité des sociétés commerciales*, n° 3036.

Conseil choisit par cela même son Président, les deux personnages ne devant faire qu'un.

Mais le Conseil d'administration ne peut-il, comme le deuxième paragraphe de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 lui en donnait le droit, se substituer, pour l'administration de la Société, un mandataire étranger à la Société et dont le Conseil serait responsable vis-à-vis de celle-ci ? Depuis la loi du 16 novembre 1940 ce mandataire étranger ne serait autre que le Directeur général visé à l'article 2 de cette loi.

C'est par l'affirmative que répond M. DECUGIS (5). Cet auteur considère que le Directeur général prévu par la loi du 16 novembre 1940 étant au service de la Société, sa désignation appartient non pas au Président du Conseil d'administration, mais au Conseil lui-même, le Directeur général dirigeant les affaires sociales pour le compte du Conseil d'administration et non pour le compte du Président comme le déclare improprement le texte. Et M. DECUGIS justifie ainsi sa thèse :

« Le Directeur général, agissant à défaut du Président, n'est pas son mandataire ni son préposé. Il est seulement son suppléant désigné par la loi. La définition du mandat est en effet donnée par l'article 1894 du Code Civil dans les termes suivants :

« Le mandat ou procuration est un acte par lequel

(5) Decugis, *La loi du 16 novembre 1940 relative aux sociétés anonymes*, p. 14.

« une personne donne à une autre le pouvoir de faire
« quelque chose pour le mandant et en son nom.

« Le contrat ne se forme que par l'acceptation du
« mandataire.

« Ici, il n'y a aucun acte du Président donnant le
« mandat, ni aucune acceptation du Directeur général
« formant le contrat de mandat par l'accord de leurs
« volontés, ainsi que l'exige l'article 1894 pour la for-
« mation d'un contrat de mandat. Le Directeur géné-
« ral est tenu de remplacer le Président en vertu de
« la volonté du législateur. Il n'y a donc pas de
« contrat entre eux.

« En réalité, le Directeur général est au service de
« la Société dont il gère les affaires. C'est elle qui
« l'emploie et qui le paye. Il est un mandataire social
« nommé par le Conseil d'administration de qui il
« tient ses pouvoirs. S'il était mandaté par le Prési-
« dent, agissant dans son intérêt personnel, le man-
« dat prendrait fin automatiquement par la mort, la
« démission ou la révocation du Président, ce qui
« pourrait être singulièrement fâcheux ».

M. Jean MICHEL, tout en relevant combien peut paraître singulière la responsabilité du Président du fait d'un directeur qu'il n'a pas nommé, soutient également que le Directeur général autre que le Président doit être nommé par le Conseil d'administration pour que soient respectés les principes de la hiérarchie normale des organes de la Société et pour que le Conseil d'administration ne voie pas sa res-

ponsabilité engagée par une personne qu'il n'aurait pas désignée (6).

Dans son commentaire de la loi (7) M. ESMEIN est plus nuancé.

Il écrit en effet :

« On s'est demandé par qui doit être désigné ce
« Directeur général. Les commentateurs estiment
« qu'il est désigné par le Conseil d'administration et
« non par le Président, bien que celui-ci soit respon-
« sable de ses actes. Ils invoquent l'article 22 de la
« loi de 1867 qui permet aux administrateurs de
« choisir parmi eux un Directeur.

« L'argument est de valeur douteuse, car il s'agit
« dans la loi de 1867, d'un Directeur dont le Prési-
« dent n'est pas responsable personnellement. Mais
« la question ne semble pas devoir soulever de diffi-
« cultés pratiques. Jamais un administrateur n'ac-
« ceptera ou gardera les fonctions de Président avec
« un Directeur général qui ne lui convient pas.
« D'autre part, il s'impose, en admettant même qu'il
« soit désigné par le Président, que le Directeur
« général puisse être révoqué par le Conseil. Le
« Conseil, responsable éventuellement en vertu de
« l'article 4, doit pouvoir, en toute hypothèse, révo-
« quer le Président directeur. On ne peut guère
« concevoir pratiquement un Directeur général,

(6) Jean Michel, « Après la promulgation de la loi du 18 septembre 1940 sur l'administration des sociétés anonymes », *Gaz. Pal.*, 14 nov. 1940.

(7) Esmein, « L'administration des sociétés anonymes d'après la loi du 16 novembre 1940 », *Gaz. Pal.*, 18 déc. 1940.

« désigné par le Président sans l'assentiment du
« Conseil. C'est donc toujours par le Conseil que sa
« nomination devra avoir lieu, conseil dont fait
« partie le Président. »

Cet auteur se retranche ainsi derrière des considérations pratiques sans aborder le problème juridique.

Nous considérons quant à nous que les interprétations de ces différents auteurs ne correspondent pas au sens réel de l'article 2 de la loi du 16 novembre 1940. Elles sont faussées par le fait que leurs auteurs recherchent qui doit choisir le Directeur général autre que le Président du Conseil d'administration avant d'analyser le caractère juridique de ce Directeur général.

Il faut préalablement déterminer la qualité juridique du Directeur général. Ce n'est qu'ensuite et en fonction de cette qualité que l'on peut déduire qui a capacité pour le nommer.

La loi du 16 novembre 1940 dispose qu'aucun membre du Conseil d'administration autre que le Président de celui-ci ne peut être Directeur général. Elle ne déclare pas formellement que le Conseil d'administration ne peut, comme le lui en donnait le droit l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867, choisir, si les statuts le lui permettent, un mandataire étranger à la Société pour diriger celle-ci. Ce mandataire serait, depuis la loi du 16 novembre 1940, le Directeur général autre que le Président. Le choix de ce per-

sonnage appartiendrait alors non au Président, mais bien au Conseil d'administration. La thèse soutenue par MM. DECUGIS et Jean MICHEL serait ainsi confirmée.

Mais raisonner ainsi, c'est faire abstraction des dispositions du paragraphe 1^{er} de l'article 2 de la loi du 16 novembre 1940 qui stipulent que le Directeur général, autre que le Président, « exerce ces fonctions » pour le compte et sous la responsabilité personnelle « du Président du Conseil d'administration ».

Cette formule de la loi établit sans aucune discussion possible un lien de préposition entre le Président du Conseil d'administration et le tiers Directeur général. Celui-ci est le préposé du Président du Conseil d'administration. Le fait que le Directeur général est placé sous l'autorité du Président et agit pour le compte de celui-ci caractérise formellement l'existence du lien de préposition entre les deux personnages (8).

Sans doute les rapports juridiques de commettant à préposé qui existent entre le Président du Conseil d'administration et le tiers Directeur général ne suffisent pas à établir que la désignation du tiers Directeur général appartient au Président du Conseil d'administration. Les auteurs et la jurisprudence s'accordent en effet pour reconnaître que les liens de préposition peuvent exister entre deux personnes,

(8) En ce sens : H. et L. Mazeaud, *Traité de la Responsabilité civile*, n° 892.

alors même que celle qui est le commettant n'a pas choisi l'autre, dès l'instant que la première a le droit de donner à la seconde des ordres et des instructions (9).

Le fait que le Directeur général autre que le Président est le préposé de celui-ci ne suffirait donc pas à attribuer au Président du Conseil d'administration le droit de choisir le Directeur général.

Mais si l'on ne reconnaît pas au Président du Conseil d'administration le pouvoir de choisir le tiers Directeur général, il faut accorder ce droit au Conseil d'administration. Dès lors, d'après les termes de l'article 22 *in fine*, ce tiers étranger au Conseil d'administration est le mandataire du Conseil pour l'administration de la Société. Il devra par suite agir, pour l'administration et la gestion de la Société selon les directives que lui donnera son mandant, le Conseil d'administration. Il devra, comme tout mandataire, rendre compte au Conseil directement de l'exercice du mandat qu'il aura reçu de ce même Conseil d'administration.

Dès lors, on est amené à se demander comment il pourra concilier ses obligations de mandataire direct

(9) Demogue, *Traité des obligations*, t. V, n° 886 ; Lalou, *La Responsabilité civile*, n° 1023 ; Josserand, *Cours de Droit civil positif français*, 2^e éd., t. II, n° 510 ; Savatier, *Traité de la Responsabilité civile*, t. I, n° 291 ; Req., 6 août 1907, *D.*, 1910-I-524 ; Req., 23 janv. 1923, *D.*, 1923-I-55 ; Crim., 15 mars 1923, *S.*, 1923-I-385 ; Paris, 14 mars 1930, *D.*, 1930-2-115 ; Crim., 20 mai 1933, *Gaz. Pal.*, 1933-2-352 ; Paris, 4 juillet 1934, *Gaz. Pal.*, 2-724 ; Paris, 26 oct. 1938, *D. H.*, 1939-26.

du Conseil avec celles de préposé du Président du Conseil d'administration.

Sans doute, une même personne peut être à la fois préposé et mandataire, comme le souligne M. SAVATIER en ces termes :

« Si le mandataire n'est pas en tant que mandataire un préposé, rien n'empêche que les deux qualités soient réunies chez la même personne. Il est fréquent qu'un mandat coexiste avec un louage de services, car rien n'empêche un locateur de services de recevoir des mandats de son employeur pour certains actes juridiques. L'employeur est alors pour lui un commettant en même temps qu'un mandant.

« Les rapports habituels de préposition peuvent même être l'occasion d'un mandat apparent engageant la responsabilité de l'employeur » (9 bis).

Mais en l'espèce, si un tiers Directeur général est à la fois préposé et mandataire, c'est du Président du Conseil d'administration qu'il est mandataire direct en raison de l'étendue des pouvoirs que celui-ci peut lui déléguer. C'est ainsi que pour les actes juridiques que le Directeur général conclut, il agit comme mandataire direct du Président. Sans doute il est mandataire substitué du Conseil d'administration, puisque le Président du Conseil d'administration est lui-même le mandataire direct de celui-ci. Mais le Directeur général n'est pas le mandataire direct du Conseil et encore moins son préposé.

(9 bis) Savatier, *op. cit.*, t. I, n° 302.

Il y aurait d'ailleurs impossibilité pour lui d'être en même temps mandataire direct du Conseil d'administration et mandataire direct et préposé du Président du Conseil d'administration. En effet, le Directeur général ne pourrait remplir ses obligations de mandataire vis-à-vis du Conseil d'administration, s'il était le mandataire de celui-ci, qu'en faisant échec aux pouvoirs de direction que la loi du 16 novembre 1940 accorde formellement au Président du Conseil d'administration. Le rôle du Président du Conseil d'administration ne devrait plus être alors que celui d'un contrôleur du tiers Directeur général, agissant pour le compte du Conseil d'administration et transmettant au Directeur général les instructions du Conseil d'Administration.

Mais dans cette hypothèse les responsabilités dont la loi du 16 novembre 1940 charge le Président du Conseil d'administration n'auraient plus aucune justification.

Le Directeur général autre que le Président du Conseil d'administration ne peut donc être nommé que par le Président du Conseil d'administration.

Remarquons immédiatement que dans la pratique c'est d'un commun accord que le Président du Conseil d'administration et le Conseil d'administration choisiront le Directeur général autre que le Président. Si d'ailleurs le Président du Conseil d'administration exerçait un choix qui n'aurait pas l'agrément du Conseil d'administration, celui-ci aurait toujours la

possibilité de révoquer le mandat du Président et par là même d'atteindre le tiers, Directeur général.

En désignant son Président, le Conseil d'administration épuise donc bien le choix qui lui est ouvert entre les deux termes de l'alternative posée par l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867. Il choisit un Directeur général parmi ses membres. Il ne peut plus par la suite prendre en dehors de son sein un mandataire qui dirigera la Société. Le Directeur général autre que le Président du Conseil d'administration n'est pas le mandataire étranger au Conseil dont parlait la loi du 24 juillet 1867.

Il faut considérer, depuis la loi du 16 novembre 1940, que le Conseil d'administration ne peut plus jamais adopter la solution que lui offrait antérieurement le second terme de l'alternative posée par l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867. En d'autres termes, la dernière partie de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867, qui prévoyait la substitution par le Conseil d'un mandataire étranger à la Société dont il demeurerait responsable vis-à-vis de celle-ci, a été abrogée par l'article 6 de la loi du 16 novembre 1940 qui déclare abrogées toutes les dispositions légales antérieures contraires à cette loi. Désormais, le deuxième paragraphe de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 doit se lire ainsi :

« Le Conseil choisit dans son sein un Président
« qui est Directeur général de la Société. »

Le Conseil ayant perdu la faculté de se substituer

un tiers étranger à la Société, ne peut plus que choisir parmi ses membres un Directeur qui sera en même temps et nécessairement son Président. Ou, plutôt, pour rétablir l'ordre logique des choses, de la combinaison des deux textes de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 et de l'article 2 de la loi du 16 novembre 1940 et bien que la loi ait omis de le préciser, il résulte que le Président du Conseil d'administration doit être un membre du Conseil d'administration choisi dans le sein de celui-ci par ses collègues.

La première qualité juridique du Président du Conseil d'administration consiste donc à être membre du Conseil d'administration.

A ce titre, il est Directeur général obligé de la Société. Nul autre membre du Conseil d'administration ne peut exercer les fonctions de Directeur général. C'est ce qu'exprime formellement le deuxième alinéa de la loi du 16 novembre 1940 en ces termes :

« Aucun autre membre du Conseil d'administration ne peut être investi de fonctions de direction
« dans la Société. »

Le Président du Conseil d'administration ne peut songer à s'asseoir confortablement dans le fauteuil présidentiel tout en demandant à un ou à plusieurs autres membres du Conseil d'administration d'accepter ou de se répartir entre eux les fonctions de Directeur général. Il est expressément interdit à un membre du Conseil d'administration d'accepter les

fonctions de Directeur général ou même une fraction de ses fonctions.

Tout au plus, l'alinéa trois de l'article 2 de la loi du 16 novembre 1940 permet-il au Président de nommer un Comité d'Etudes composé, soit d'administrateurs, soit de directeurs, soit d'administrateurs et de directeurs de la Société. Ce Comité d'Etudes est chargé d'étudier les questions que le Président renvoie à son examen. Mais il a un rôle purement consultatif. Le Président peut le consulter sur tel ou tel point de la gestion sociale. Il peut lui demander d'étudier telle ou telle question. Mais il n'est jamais tenu de le faire. Le Comité d'Etudes ne peut se saisir lui-même d'un problème quelconque. Et lorsque le Comité d'Etudes a donné son avis, le Président n'est pas tenu de le suivre. Il reste seul maître de sa décision.

Par ailleurs, les deux derniers alinéas de l'article 2 de la loi du 16 novembre 1940 prévoient la délégation de tout ou partie des fonctions du Président à un administrateur. Mais cette délégation qui est faite par le Président ou par le Conseil d'administration, dans le cas où le Président est dans l'impossibilité d'y procéder lui-même, ne peut être donnée que pour une durée limitée. Et, elle doit résulter de l'impossibilité dans laquelle se trouve le Président d'exercer ses fonctions.

Avant de pousser plus loin l'analyse de la situation du Président, membre du Conseil d'administra-

tion, il nous faut faire justice d'une objection qui ne manque pas de se présenter à l'esprit : le Président du Conseil d'administration, Directeur général obligé de la Société, peut-il bien ne pas exercer les fonctions de Directeur général et celles-ci peuvent-elles être confiées à un tiers ? La réponse ne nous paraît guère douteuse.

L'article 2 de la loi du 16 novembre 1940, après avoir stipulé que le Président du Conseil d'administration exerce les fonctions de Directeur général, prévoit que s'il ne les exerce pas, il devient responsable du Directeur général. C'est donc bien que la personne de celui-ci peut ne pas être confondue avec celle du Président du Conseil d'administration. Autrement dit, les fonctions de Directeur général peuvent être confiées à un tiers. Les commentateurs de la loi du 16 novembre 1940 sont d'ailleurs d'accord sur ce point (10). Il nous paraît donc inutile de nous y attarder.

Comme membre du Conseil d'administration, le Président du Conseil d'administration est mandataire de la Société.

L'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 dispose en effet que les sociétés anonymes sont administrées par des mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits pris parmi les associés.

(10) En ce sens : Jean Michel, « La loi du 18 septembre 1940 sur l'administration des sociétés anonymes », *Gaz. Pal.*, 3 oct. 1940, et « La loi du 16 nov. 1940 sur les sociétés anonymes », *Gaz. Pal.*, 5 déc. 1940 ; Esmein, « L'administration des Sociétés anonymes d'après la loi du 16 nov. 1940 », *Gaz. Pal.*, 18 déc. 1940 ; Decugis, *loc. cit.*, p. 12 et s.

La majorité des auteurs et la jurisprudence s'accordent pour décider que les administrateurs doivent être considérés comme étant placés sous la réglementation générale du mandat (11). Le Président du Conseil d'administration apparaît alors vis-à-vis de la Société, comme étant le mandataire substitué du Conseil d'administration. Les termes de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 ne peuvent laisser aucun doute à cet égard.

D'ailleurs, comme le souligne un auteur (12) :
« Cette conception législative, assimilant de façon
« générale à des mandataires les administrateurs et
« les directeurs de la Société, suffit dans la pratique
« à expliquer la plupart des règles qui leur sont
« applicables... »

De son côté, la Cour de Cassation a, depuis longtemps déjà, précisé que les administrateurs tenaient leurs pouvoirs de la Société personne morale ou des actionnaires pris individuellement. Elle a en effet décidé, en se basant sur le caractère de personnalité morale qui appartient aux sociétés :

« Dans les sociétés anonymes la personnalité des
« actionnaires s'efface devant celle de la Société, et
« en prenant part aux assemblées générales, lorsque

(11) Aymard, *Le nouveau statut de la fonction d'administrateur de sociétés anonymes*, p. 41 ; Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés civiles et commerciales*, t. IV, n° 583 ; Rodolphe Rousseau, *Traité des Sociétés commerciales*, n° 3015.

(12) Paul Gontier, *Le Directeur et l'Administrateur-délégué de la société anonyme*, p. 5.

« d'après les statuts, le nombre des actions dont ils
« sont porteurs le leur permet, les associés agissent
« pour le compte et dans l'intérêt de la collectivité
« sociale. Les administrateurs sont, ainsi que le
« Directeur, les mandataires non des actionnaires
« pris individuellement, mais de la Société (13). »

L'administrateur, et en particulier le Président du Conseil d'administration est donc le mandataire de la Société.

Mais, ainsi que le souligne M. AYMARD, « bien qu'il
« soit avant tout un mandataire, il y a une différence
« entre un mandataire ordinaire et lui. En règle
« générale, lorsqu'il institue un mandataire, le man-
« dant lui indique selon quelle méthode il veut qu'il
« agisse ; et même lorsqu'il le choisit comme man-
« dataire général, il exerce sur lui à chaque instant
« un contrôle sévère. Dans la société il n'en est pas
« ainsi : l'administrateur, dès qu'il a été désigné, agit
« de sa propre initiative ; il prend telles décisions
« qui lui semblent souhaitables, et il en est ainsi
« jusqu'à la fin de l'année sociale lorsqu'il est appelé
« à rendre des comptes. L'administrateur jouit dans
« sa gestion d'une indépendance considérable et pos-
« sède des intérêts qui parfois peuvent ne pas être
« les mêmes que ceux de l'Etre social. Le contrôle ne
« s'exerce que de loin en loin, et les actionnaires, peu
« au courant de la marche des affaires, ne peuvent
« l'assurer que superficiellement. Il en résulte pour

(13) Cass. Civ., 30 juin 1910, S., 1910-529.

« les administrateurs une très grande puissance effective, à la différence des mandataires ordinaires » (14).

M. COUTELLIER écrit de même :

« L'analyse des applications les plus typiques du mandat montre que dans presque tous les cas, le mandataire exécute la volonté expresse du mandant qui lui a donné des instructions précises ; ou bien le mandataire agit pour une opération ayant non seulement un but précis, mais une technique d'exécution connue par le mandant (mandat *ad litem*, mandat donné à un notaire de réaliser un placement). Enfin, la plupart des opérations qui s'accomplissent par le jeu du mandat s'accompagnent de garanties professionnelles non négligeables.

« Si nous appliquons les caractéristiques générales du mandat aux administrateurs de sociétés anonymes, ce qui nous frappe en premier lieu, c'est l'ampleur inusitée des pouvoirs de ces mandataires, à la fois dépositaires des biens sociaux, chefs du personnel, maîtres de la vie de l'entreprise, sauf des restrictions au profit de l'assemblée générale qui ne sont formulées que pour des actes exceptionnels.

« Une telle initiative est à elle seule anormale ; l'ancienne *procuratio omnium bonorum* du droit

(14) Aymard, *op. cit.*, p. 43.

« romain n'existe pratiquement plus, et les mandats
« généraux reçoivent leurs principales applications
« dans les rapports des époux entre eux ou la ges-
« tion du patrimoine des incapables qui sont au
« surplus réglementés spécialement par le code. Il
« semble étrange que cette notion de mandat général
« puisse servir de support pour l'administration de
« patrimoines formés par d'innombrables apports et
« dont le sort a parfois une importance nationale.

« En outre, un mandat général repose sur l'émis-
« sion d'une volonté réelle, implicite, sinon expresse.
« Or, dans la thèse classique, les administrateurs
« représentent un être collectif, une entité, une abs-
« traction. Cette volonté est inexistante. Les adminis-
« trateurs ont dès lors beau jeu pour prendre toutes
« les initiatives qu'ils veulent grâce à cette méta-
« physique juridique dont ils tirent les conséquences
« d'une façon très réaliste (15). »

La théorie du mandat apparaît ainsi insuffisante à ces auteurs pour justifier les pouvoirs des administrateurs des sociétés anonymes. Elle ne permettrait pas, en particulier, déclare M. COUTELIER, de faire jouer la responsabilité des administrateurs en cas de faute dans la gestion industrielle ou d'incapacité commerciale, de telles fautes ne constituant pas un dépassement de mandat pouvant être reproché par le mandant au mandataire.

(15) Coutelier, *Evolution des principes concernant la responsabilité civile des administrateurs de sociétés anonymes*, p. 56.

De même, ajoute cet auteur : « Le mécanisme
« caractéristique du mandat est de fixer les effets de
« l'opération faite par le mandataire directement sur
« la tête du mandant sans que le mandataire soit
« personnellement tenu. C'est ce qu'exprime l'arti-
« cle 32 du Code de Commerce, texte logique étant
« donné la fonction juridique de représentation du
« mandat, mais dangereux au point de vue écono-
« mique, si on l'applique dans notre domaine.

« En effet, les administrateurs savent qu'ils sont
« en principe exonérés des conséquences des actes
« accomplis par eux puisque c'est seulement en cas
« d'abus de mandat qu'ils répondront seuls vis-à-vis
« des tiers de leurs agissements (article 1998, Code
« Civil). Or, les pouvoirs extrêmement larges attri-
« bués statutairement au Conseil d'administration
« rendent tout à fait exceptionnelle la mise en œuvre
« de ce texte (16). »

Dès lors, ne devrait-on pas voir dans les adminis-
trateurs, dans le Conseil d'administration comme
dans le Président de celui-ci des organes de la Société
personne morale agissant pour elle mais non distincts
d'elle et n'ayant pas en tant qu'organe une person-
nalité distincte de la sienne.

L'avantage de cette théorie, c'est que le pouvoir
de représentation de l'organe est par nature beaucoup
plus étendu que celui du mandataire. Non seulement

(16) Coutelier, *op. cit.*, p. 58-59.

il embrasse comme celui-ci les actes juridiques, mais également les actes de pur fait, de sorte que par l'organe la personne morale peut à la fois régler sa propre existence et commettre un délit, être de bonne ou de mauvaise foi, recevoir une notification, etc...

Cependant, il nous faut bien reconnaître qu'elle est en contradiction avec les dispositions formelles de la loi du 24 juillet 1867 qui déclarent sans ambiguïté que les administrateurs de la société anonyme sont des mandataires. Nous persisterons donc à considérer le Président du Conseil d'administration en tant que membre du Conseil d'administration et mandataire substitué de celui-ci, comme étant le mandataire de la Société.

Mais le Président du Conseil d'administration n'est pas seulement le mandataire substitué de la Société qui agirait au nom du Conseil d'administration et uniquement comme mandataire de celui-ci et de la Société.

Les rédacteurs de la loi du 16 novembre 1940 ont entendu donner au Président du Conseil d'administration une autre qualité : celle de chef de la Société. Par là d'ailleurs les rédacteurs de la loi du 16 novembre 1940 rejoignent, dans une certaine mesure tout au moins, les auteurs qui voulaient voir dans les administrateurs ou plus exactement, dans le Conseil d'administration, un organe de la Société.

La notion d'organe de la Société se trouve implicitement admise par la loi au seul bénéfice du Prési-

dent du Conseil d'administration chef de la Société. Comme chef de la Société, il n'est pas en effet le mandataire de celle-ci. Il n'a pas à rendre compte à celle-ci. Un chef ne rend pas compte à ceux qu'il dirige. Il peut être responsable vis-à-vis d'une autorité supérieure ou différente, mais non à l'égard de ceux sur lesquels il exerce son pouvoir de chef.

Or, telle paraît bien être la situation du Président du Conseil d'administration ainsi que nous l'établirons en étudiant sa responsabilité particulière en qualité de chef. C'est ainsi que lorsque la Société est déclarée en faillite, il n'appartient ni au tiers, ni aux associés, de demander que le Président du Conseil d'administration soit frappé des déchéances de la faillite. Les déchéances lui sont appliquées automatiquement. Et c'est le Tribunal de Commerce, représentant l'intérêt général, qui peut seul décharger le Président de ces déchéances.

Les rédacteurs de la loi du 16 novembre 1940 n'ont pas exprimé formellement leur intention de donner au Président du Conseil d'administration la qualité de chef de la Société. Cependant, cette notion résulte implicitement des dispositions légales nouvelles.

La loi du 16 novembre 1940 dispose dans son article premier :

« La société anonyme est administrée par un « Conseil.... », tandis que l'article 2 énonce : « Le « Président du Conseil d'administration remplit les

« fonctions de directeur général ou à défaut le directeur général exerce ces fonctions pour le compte et sous la responsabilité personnelle du Président du Conseil d'administration.

« Aucun autre membre du Conseil d'administration ne peut être investi de fonctions de direction dans la Société.

« Toutefois, le Président peut nommer un Comité composé soit d'administrateurs, soit de directeurs, soit d'administrateurs et de Directeur de la Société. Les membres de ce Comité sont chargés d'étudier les questions que le Président renvoie à leur examen. »

Le Conseil d'administration est chargé d'administrer la Société. Le Président du Conseil est Directeur général et il est le seul des administrateurs qui puisse diriger la Société.

Dans le langage courant, les deux termes administrer et diriger que les rédacteurs de la loi du 16 novembre 1940 ont implicitement employés pour caractériser les fonctions respectives du Conseil d'administration et du Président de celui-ci ont des sens très peu différents. Ils sont même volontiers employés l'un pour l'autre. En l'espèce, il n'en est pas ainsi.

Dans l'esprit des rédacteurs de la loi du 16 novembre 1940, et bien que les travaux préparatoires nous fassent défaut pour éclairer les intentions de ceux-ci, les deux termes ne doivent pas être confondus.

Lorsque la loi du 16 novembre 1940 déclare que le Conseil administre la Société, il faut entendre qu'il a le contrôle et la surveillance de toutes les affaires sociales. Il doit veiller sur la marche des affaires sociales et en vérifier la régularité bien plus qu'il n'a à leur donner une impulsion. Sans doute, éventuellement, peut-il et même doit-il, décider ce qu'il y a lieu de faire dans telle ou telle éventualité. Mais son objet propre consiste essentiellement à surveiller la gestion du Président. Le Conseil devient une sorte de Conseil de surveillance dont l'intervention n'est pas uniquement *a posteriori* mais peut, éventuellement, être préalable.

Les pouvoirs de direction donnés au Président du Conseil d'administration ne sont pas, comme on pourrait le soutenir en se reportant aux dispositions de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867, de simples pouvoirs d'exécution des décisions du Conseil d'administration. Ils impliquent une idée d'action personnelle exigée, d'ailleurs, par les besoins de l'activité sociale qui ne peut être conduite par une assemblée même réduite dont les réunions sont nécessairement périodiques et plus ou moins espacées.

Ce pouvoir de Direction propre au Président apparaît nettement, d'ailleurs, dans la disposition de l'article 2 qui fait du Directeur général étranger à la Société, le mandataire et le préposé du Président. Si celui-ci ne possédait pas en propre et personnellement le pouvoir de Direction en dehors du Conseil,

les rédacteurs de la loi du 16 novembre 1940 n'auraient pas cru devoir spécifier que le Directeur général exerce ses fonctions pour le compte du Président. Le Directeur général agit pour le compte du Président parce que, seul, celui-ci a capacité pour diriger la Société.

C'est également parce que, seul, le Président a la capacité de diriger la Société que le Comité d'Etudes dont l'article 2 de la loi du 16 novembre 1940 prévoit l'existence, doit être nommé par lui. C'est le Président qui apprécie l'opportunité de la désignation d'un tel Comité d'Etudes et c'est lui qui en désigne les membres en dehors de toute ingérence du Conseil d'administration.

Enfin, les membres du Conseil d'administration ne sont pas commerçants. Aucun doute n'est permis à cet égard. Les auteurs et la jurisprudence sont unanimement d'accord sur ce point. Au contraire, le Président est considéré comme commerçant pour l'application de la loi du 16 novembre 1940, c'est-à-dire pour l'exercice de ses fonctions de Président. L'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 stipule, en effet :

« Le Président du Conseil d'administration est
« considéré comme commerçant pour l'application
« de la présente loi. »

Le Président a donc des pouvoirs plus étendus que le Conseil dont il est cependant, par ailleurs, comme nous l'avons précédemment exposé, le mandataire substitué. Il a une qualité propre. Il est le

chef de la Société. Il a la haute main sur toute l'activité commerciale ou industrielle de celle-ci. Il conduit les affaires sociales. Il est l'animateur de la Société.

L'article 4 de la loi du 16 novembre dispose, d'ailleurs, qu'il peut se voir infliger les déchéances de la faillite en cas de faillite de la Société. Cette sanction qui frappe le Président en cas de faillite de la Société démontre bien qu'il n'est pas seulement le mandataire du Conseil et de la Société. En réalité, et c'est bien là l'intention des rédacteurs de la loi, le Président est le chef de la Société. Celle-ci devient sa chose.

Il est ainsi plus un commandité qu'un véritable administrateur de société anonyme. La notion d'anonymat s'estompe et s'affaiblit jusqu'au point de disparaître presque complètement. Le Président a des responsabilités qui dépassent de loin celles que les lois antérieures faisaient supporter aux administrateurs de sociétés anonymes, mais, en contrepartie il a, et ce n'est que justice, des pouvoirs bien plus larges que ceux qui étaient reconnus aux administrateurs jusqu'à ce jour.

Sans doute, la loi du 16 novembre 1940 n'a pas précisé cette notion du chef qui a présidé à son élaboration et qui domine toutes ses dispositions. Elle apparaît néanmoins, à cet égard, comme étant une transposition dans notre droit de la législation allemande sur les sociétés de 1937, que M. Pierre BAUDOUIN-BUGNET analyse ainsi :

« L'élément primordial du nouveau texte est une
« notion essentielle qui va dominer dorénavant toutes
« les sociétés par actions : la notion du chef.

« On peut la résumer ainsi : à la tête de l'entre-
« prise se dresse le chef dont la volonté, comme
« l'esprit, vivifie l'entreprise.

« Cette notion active et volontaire, en même temps
« qu'idéaliste, s'accompagne de façon inséparable
« du principe de l'autorité et de l'acceptation des
« responsabilités » (17).

Cette notion, que l'éminent spécialiste du droit germanique des sociétés définit d'une manière parfaite, imprègne toute la loi du 16 novembre 1940. Avec cette loi, la société anonyme française, tout comme la société anonyme du droit germanique, doit avoir à sa tête un chef responsable qui la dirige. Ce chef peut et doit être soumis à un contrôle. C'est le Conseil d'administration qui l'exercera.

Comme la Direction des sociétés anonymes allemandes est désignée par le Conseil de surveillance, le Président du Conseil d'administration des sociétés par actions françaises est nommé par le Conseil lui-même. Mais, dans un cas comme dans l'autre, après la nomination de la Direction, l'organe qui a choisi celle-ci n'a plus sur elle qu'un droit de contrôle. Ce droit peut s'exprimer par la révocation, mais il ne comporte pas la possibilité de dicter des ordres à la

(17) Pierre Baudouin-Bugnet, *Les Sociétés par actions en Allemagne*, p. 58.

Direction, la collaboration demeurant évidemment possible et, nous dirons mieux, souhaitable.

Ce caractère de chef du Président du Conseil d'administration, qui fait presque complètement disparaître sa qualité de mandataire du Conseil d'administration, explique la nouvelle répartition des pouvoirs entre le Conseil d'administration et son Président.

Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, les pouvoirs du Conseil d'administration étaient des plus vastes. Ils comprenaient, sauf stipulations contraires des statuts, le droit d'accomplir tous les actes entrant dans l'objet de la Société, tels que traités et marchés, achat de matières premières, vente de produits fabriqués, organisation des services de la Société, engagement et révocation du personnel, fixation des salaires de celui-ci. C'était également au Conseil d'administration qu'il appartenait de prendre à bail ou en location les locaux nécessaires à l'exploitation sociale, de recouvrer toutes les sommes dues à la Société, de payer ses dettes, de faire toutes les opérations de banque et de bourse nécessitées par l'activité de la Société. En outre, le Conseil d'administration avait le pouvoir d'intenter toutes les actions relatives aux actes d'administration, d'y défendre et de représenter en justice, dans tous les cas, la Société.

Ce sont d'ailleurs là tous les actes dont l'ensemble constitue l'administration de la Société.

Mais, ainsi que nous l'avons souligné, le Conseil

d'administration est un organe collectif. Il peut délibérer et décider.

Il ne peut traduire lui-même ses propres décisions en actes. D'autre part, il ne peut siéger en permanence. D'où la nécessité pour lui de recourir à des mandataires qui agissent à ses lieu et place et administrent lorsqu'il n'est pas réuni. Avant la loi du 16 novembre 1940, ces mandataires étaient le Président du Conseil d'administration et l'administrateur-délégué. Et le Conseil d'administration, qui ne pouvait suivre jour par jour la marche des affaires sociales avait déjà plus un rôle de contrôle et de surveillance du Président et de l'administrateur-délégué qu'un rôle propre de direction.

La loi du 16 novembre 1940 accentue son caractère d'organe de contrôle au détriment de son rôle d'organe d'administration.

Ainsi que nous l'avons déjà écrit : « Désormais, « bien que l'article 1^{er} de la loi du 16 novembre 1940 « déclare que la société par actions est administrée « par un Conseil d'administration, le Conseil d'administration sera, plus encore que par le passé, un « organe de contrôle et de conseil du Président. C'est « celui-ci qui va diriger la Société comme le stipule « l'article 2, non sans une certaine contradiction « apparente avec l'article premier. Le Conseil d'administration est tenu, de par la loi, et nonobstant « toutes dispositions contraires des statuts, de déléguer à son Président tous les pouvoirs de direction.

« Sans doute, les pouvoirs de décision que le Conseil
« d'administration se voyait réserver par les statuts
« demeurent. Mais l'étendue de la responsabilité du
« Président du Conseil d'administration est telle qu'il
« n'acceptera plus de ne pas décider presque seul de
« tous les actes intéressant la Société (18). »

Comme par ailleurs, la responsabilité du Conseil d'administration pour la marche des affaires sociales et de la Société subsiste, le Conseil d'administration doit être considéré comme un organe de contrôle et de surveillance de son Président auquel est impartie toute la direction en sa double qualité de chef de la Société et de Directeur général obligé de celle-ci véritable administrateur-délégué unique.

Le rôle du Conseil d'administration se trouve ainsi ramené très sensiblement à celui du Conseil de surveillance de la commandite par actions, bien qu'il doive avoir une part plus importante dans l'administration de la Société.

(18) Pierre Baudouin-Bugnet et Gilles Gozard, *op. cit.*, p. 49.

CHAPITRE II

LA RESPONSABILITE DU PRESIDENT EN TANT QUE MEMBRE DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

L'étude de la responsabilité comprend traditionnellement la distinction entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale.

La responsabilité pénale est celle qui résulte de certains actes ou omissions expressément prévus par la loi et sanctionnés par des peines ayant le caractère de contrainte directe pour leur auteur (1).

La responsabilité civile est celle qui vise à la réparation d'un dommage causé à autrui. Elle est contractuelle lorsqu'il y a lieu à réparation du préjudice résultant de l'inexécution par une personne des obligations mises à sa charge par un contrat intervenu entre elle et une autre personne (2). La responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle se rencontre lorsqu'une personne cause par elle-même, par quelqu'un dont elle répond ou par le fait d'une chose lui appartenant, un dommage à une autre personne envers

(1) R. Garraud, *Précis de Droit Criminel*, 4^e éd., p. 2.

(2) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. II, 5^e éd., p. 6.

laquelle elle n'est liée sur ce point par aucun rapport d'obligation préexistant (3).

Nous étudierons les différents aspects de la responsabilité du Président du Conseil d'administration en tant que membre du Conseil d'administration, dans quatre sections. La première sera consacrée à la responsabilité civile du Président. Dans la deuxième section, nous examinerons la responsabilité pénale du Président du fait des dispositions légales antérieures aux décrets-lois de 1935. La responsabilité du Président, d'après les décrets-lois de 1935 et 1937, fera l'objet de la troisième section tandis que dans la quatrième section nous étudierons les modifications de la responsabilité du Président résultant de la loi du 16 novembre 1940.

SECTION I

La responsabilité civile du Président

En ce qui concerne la responsabilité civile du Président du Conseil d'administration en tant que membre du Conseil d'administration, elle résulte d'un certain nombre de textes antérieurs à la loi du 16 novembre 1940.

Le premier de ceux-ci est l'article 1850 du Code Civil, lequel dispose :

« Chaque associé est tenu envers la Société, des

(3) Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 360.

« dommages qu'il lui a causés par sa faute, sans pouvoir compenser avec ces dommages les profits que son industrie lui aurait procurés dans d'autres affaires. »

D'autre part, l'article 32 du Code de Commerce stipule :

« Les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu.

« Ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle, ni solidaire, relativement aux engagements de la Société. »

Il résulte de cet article 32 du Code de Commerce, que les administrateurs sont responsables de l'exécution du mandat que leur a donné la Société dans les termes de l'article 1992 du Code Civil qui s'exprime ainsi, dans son premier paragraphe :

« Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. »

Enfin, l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 contient la disposition suivante :

« Les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement, suivant le cas, envers la Société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou faisant distribuer sans opposition des dividendes fictifs. »

De tous ces textes, il résulte que le fondement de la responsabilité civile des administrateurs réside dans le droit commun. Leur sont applicables, non seulement les règles relatives au contrat de société et au mandat, mais aussi les principes généraux consacrés par les articles 1382 et 1383 du Code Civil, qui obligent l'auteur d'un délit ou d'un quasi-délit à répondre envers la partie lésée du préjudice qu'il lui a fait subir, alors qu'il n'existe entre eux aucun rapport contractuel. La responsabilité civile des administrateurs est donc tantôt contractuelle, tantôt délictuelle ou quasi-délictuelle.

Les causes de responsabilité que nous venons d'examiner à travers les textes qui visent tous les administrateurs subsistent entièrement en ce qui concerne le Président du Conseil d'administration, administrateur et mandataire de la Société. Sa responsabilité civile ou pénale est donc tout d'abord identique à celle des autres administrateurs, telle qu'elle était établie par la loi du 24 juillet 1867.

Comme mandataire de la Société, la responsabilité du Président du Conseil d'administration est régie par les principes généraux du mandat.

Bien qu'étant vis-à-vis de la Société mandataire substitué et non mandataire originaire, le Président du Conseil d'administration est responsable vis-à-vis du mandant, c'est-à-dire vis-à-vis de la Société, l'article 1994 du Code Civil précisant que : « dans tous

« les cas, le mandant peut agir directement contre la
« personne que le mandataire s'est substituée. »

Comme mandataire, le Président du Conseil d'administration est tenu d'exécuter exactement la mission qu'il a assumée (4). Il a l'obligation de tenir son mandant au courant des opérations qu'il fait pour lui (5). D'une façon plus générale, il est selon les dispositions de l'article 1992 du Code Civil, responsable des fautes qu'il peut commettre dans l'exercice de son mandat. Le Président du Conseil d'administration étant rémunéré, comme le souligne la loi du 16 novembre 1940, sa responsabilité doit être appréciée plus sévèrement que si son mandat était gratuit.

Un mandataire est tout d'abord responsable de son dol (6). Il l'est également des erreurs qu'il peut commettre, à moins qu'elles ne soient dues à un cas de force majeure (7). Il répond en outre de ses négligences à accomplir soit les instructions précises de son mandant, soit ses devoirs de mandataire, comme de tenir son mandant au courant de l'exécution de son mandat. Enfin, le mandataire répond de ses imprudences, c'est-à-dire des actes accomplis par lui

(4) Planiol et Ripert, *Traité de Droit civil*, t. XI, n° 1465.

(5) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. XI, n° 1467.

(6) Req., 21 janv. 1890, *D. P.*, 91-I-380 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. XI, n° 1471.

(7) Req., 21 janv. 1890, *D. P.*, 91-I-380 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. XI, n° 1471.

et qu'il aurait dû prévoir comme étant susceptibles de porter préjudice au mandant (8).

D'autre part, vis-à-vis des tiers, le mandataire est responsable, non pas contractuellement, mais de ses délits et quasi-délits (9).

C'est à ces règles qu'obéit la responsabilité civile du Président du Conseil d'administration en qualité de mandataire de la Société membre du Conseil d'administration.

En pratique, elle se traduit par un certain nombre de cas depuis longtemps déjà fixés par la jurisprudence, que nous nous bornerons à rappeler rapidement.

Pour la commodité de l'étude des divers cas dans lesquels joue cette responsabilité, on peut distinguer quatre catégories de fautes : violations de la loi, violations des statuts, fautes de gestion et délits et quasi-délits. Nous les examinerons successivement.

§ I. — VIOLATION DE LA LOI

Le Président du Conseil d'administration est responsable vis-à-vis des tiers, de la Société et des associés, toutes les fois qu'il enfreint une obligation ou un devoir mis à sa charge par la législation sur les sociétés.

L'énonciation des cas où le Président est responsable pour violation de la loi se ramène donc à l'énumération des obligations qu'entraînent pour le Pré-

(8-9) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. XI, n° 1497.

sident du Conseil d'administration l'administration et le fonctionnement de la Société.

C'est ainsi que le Président du Conseil d'administration est responsable notamment :

1° S'il ne tient pas de comptabilité régulière, ainsi que le prescrit l'article 8 du Code de Commerce ;

2° S'il ne tient pas constamment à la disposition des Commissaires aux comptes, les livres et documents nécessaires à l'examen de la situation sociale et s'il ne met pas à leur disposition quarante jours au moins avant la date de l'Assemblée générale, l'inventaire, le bilan et le compte de Profits et Pertes, comme le prescrivent les articles 32 et 34 de la loi du 24 juillet 1867 ;

3° S'il ne fait pas dresser, à la clôture de chaque exercice, un inventaire, un compte de Profits et Pertes, et un bilan (art. 34, L. du 24 juillet 1867) ;

4° Si l'inventaire, le bilan et le compte de Profits et pertes et tous les documents qui doivent être communiqués à l'Assemblée ne sont pas tenus à la disposition des actionnaires, au siège social, quinze jours au moins avant la date de l'Assemblée (art. 35, L. du 24 juillet 1867) ;

5° S'il refuse à une époque quelconque de l'année à un actionnaire ou au mandataire d'un actionnaire, la communication ou le droit de prendre copie des documents soumis aux assemblées générales pendant les trois dernières années et des procès-verbaux de

ces assemblées et, quinze jours au moins avant la réunion de l'Assemblée générale, la communication de la liste des actionnaires (art. 35, L. 24 juillet 1867).

6° S'il ne convoque pas régulièrement et opportunément les Assemblées générales ordinaires et extraordinaires et ne veille pas à la régularité de leur composition et de leurs délibérations (art. 27, 28, 29, 30 et 31, L. du 24 juillet 1867 (10) ;

7° S'il ne fait pas procéder par l'Assemblée générale, à la nomination des administrateurs et des commissaires ou à leur remplacement (art. 25 et 32, L. du 24 juillet 1867) ;

8° Si en cas de perte des trois quarts du capital social, il ne provoque pas la réunion d'une Assemblée générale pour statuer sur la dissolution de la Société (L. 24 juillet 1867, art. 37) (11) ;

9° S'il ne fait pas procéder à la constitution régulière de la réserve légale (L. 24 juillet 1867, art. 36) (12) ;

10° S'il prend un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou un marché fait avec la Société ou pour son compte sans y être autorisé par l'Assemblée générale et s'il ne fait pas chaque année, à l'Assem-

(10) Colmar, 12 déc. 1936, *Rev. Alsace-Lorraine*, 1937, 388.

(11) Trib. Com. Seine, 10 févr. 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, 351 ; Trib. Com. Lyon, 1^{er} juillet 1926, *Rec. Jur. Soc.*, 1927, 104.

(12) Rousseau, *Inventaires et Bilans*, p. 78 ; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, § 1058 ; Lyon, 6 mars 1888, *Rev. Soc.*, 1889, 390.

blée générale, un compte rendu spécial de l'exécution des dits marchés ou entreprises ;

11° S'il fait procéder à une augmentation de capital sans que soit respecté le droit préférentiel de souscription des actionnaires (Décret-loi du 8 août 1935) ;

12° Si en cas d'émission, d'exposition, de mise en vente et d'introduction de titres sur le marché, il omet de faire la publicité prescrite par la loi du 30 janvier 1907.

§ II. — VIOLATIONS DES STATUTS

Les dispositions statutaires constituent la chartre qui règle les rapports entre les associés et garantit les tiers qui traitent avec la Société. Le Président du Conseil d'administration, mandataire de la Société ou organe de celle-ci, doit naturellement respecter les dispositions diverses insérées dans les statuts.

Toute violation des statuts qui cause un préjudice à un tiers ou aux associés met donc en jeu la responsabilité du Président du Conseil d'administration, comme avant la loi du 16 novembre 1940 elle entraînait la responsabilité des administrateurs.

La variété considérable des clauses statutaires rend impossible l'établissement d'une liste des cas de responsabilité qui peuvent se présenter de ce chef. La jurisprudence permet seulement de donner quelques exemples.

C'est ainsi que le Président sera responsable pour violation des statuts :

En cas d'avances consenties en dehors des conditions prévues par le pacte social (13), sans consultation de l'Assemblée générale (14) ou sans que soient exigées des emprunteurs les garanties prévues (15), notamment en cas d'avances consenties à divers débiteurs non garantis par des valeurs négociables, comme les statuts le prévoyaient (16).

Lorsqu'il aura employé les ressources de la Société à des comptes ouverts aux administrateurs, alors que les statuts interdisent de telles opérations (17).

Lorsqu'il aura donné des avals ou pris des engagements de garantie dans des conditions non autorisées par les statuts (18).

§ III. — FAUTES DE GESTION

Ainsi que le soulignent MM. HOUPIN et BOSVIEUX (19) : « Il n'est pas possible de donner une « énumération des cas, dont la diversité est infinie, « dans lesquels la responsabilité des administrateurs « (nous dirons du Président du Conseil d'adminis-

(13) Trib. Seine, 15 février 1894, *R. S.*, 1894, p. 145.

(14) Cass. Civ., 3 déc. 1890, *D.*, 91-I-117.

(15) Paris, 1^{er} août 1868, *D.*, 69-2-65 ; Cass. Civ., 6 juin 1904, *J. Soc.*, 1904, 251.

(16) Paris, 26 nov. 1906, *J. des Trib. de Com.*, 1907, 491.

(17) Paris, 26 nov. 1906, *J. des Trib. de Com.*, 1907, 491.

(18) Trib. Com. Seine, 30 sept. 1889, *J. Soc.*, 1889, 522.

(19) Houpin et Bosvieux, *Traité général des Sociétés*, 7^e éd., t. II, n° 1073.

« tration, depuis la loi du 16 novembre 1940), sera
« engagée pour fautes de gestion. Une proposition
« avait été faite, lors de la discussion de la loi de
« 1867, en vue d'insérer dans son texte une énumé-
« ration de ce genre, mais elle fut écartée avec rai-
« son, car toute énumération ne pouvait être qu'in-
« complète et aurait laissé supposer que les adminis-
« trateurs ne répondaient que des fautes qui s'y
« trouvaient comprises. »

On peut grouper les fautes de gestion en deux catégories selon que les administrateurs agissent hors des limites de leur mandat ou au contraire dans le cercle de leurs attributions (20).

Dans le premier cas, la faute de gestion réside dans le fait même du dépassement des pouvoirs. Le premier des devoirs d'un mandataire est, en effet, de demeurer dans la limite de ses pouvoirs. Mais il faut, bien entendu, pour que la responsabilité du Président du Conseil d'administration vis-à-vis de la Société soit retenue, que l'acte ainsi accompli par le Président oblige la Société, et par suite lui cause un préjudice.

Lorsqu'au contraire, il s'agit d'acte rentrant dans les pouvoirs du Président du Conseil d'administration, la faute résulte, soit du défaut d'exécution d'un acte qui devait être accompli, soit de la mauvaise

(20) Paul Gontier, *Le directeur et l'administrateur-délégué de la société anonyme*, 2^e éd., p. 140.

exécution de cet acte par négligence, imprudence ou dol, soit par défaut de surveillance du personnel.

Les fautes de gestion pouvant varier à l'infini, nous nous bornerons à signaler les plus fréquemment relevées hier par la jurisprudence à l'encontre des administrateurs. Le Président pourra demain se voir reprocher les mêmes.

A) Actes accomplis en dehors des pouvoirs

Parmi les hypothèses les plus caractéristiques sur lesquelles a eu à statuer la jurisprudence, il y a lieu de relever le cas de prêts consentis à des tiers alors qu'une telle opération ne rentrait pas dans les pouvoirs des administrateurs (21). De même, sera responsable le Président qui emprunte à un tiers pour le compte de la Société et lui donne des immeubles sociaux en garantie hypothécaire, alors qu'il n'a pas le pouvoir d'accomplir des actes d'une pareille gravité (22).

Sera également responsable comme ayant dépassé les limites de son mandat, le Président qui engagerait la Société dans des spéculations ou des affaires étrangères à son objet et pour lesquelles il n'a reçu aucun pouvoir spécial (23).

B) Actes accomplis dans les limites des pouvoirs

On peut classer ces actes ainsi, selon leur origine :

(21) Paris, 21 juil. 1873, *Le Droit*, 3 août 1885, Cass. Civ., 3 déc. 1890, *D.*, 91-1-117.

(22) Paris, 26 nov. 1906, *J. des Trib. de Com.*, 1907, p. 491.

(23) Paris, 18 juil. 1895, *D.*, 96-2-78.

a) *Actes constituant des imprudences ou traduisant l'imprévoyance dans l'administration du patrimoine social.*

Doivent être considérés ainsi : le fait de confier des fonds sociaux à une banque dont l'insolvabilité est imminente et de ne pas les retirer malgré la connaissance de cette situation (24) ; le fait de consentir des avances considérables à des personnes d'une insolvabilité notoire (25) ; le fait de payer en espèces ou en titres le prix d'achat d'immeubles grevés d'hypothèques, au risque d'être obligé de payer ce prix une seconde fois (26).

b) *Négligences coutumières ou impéritie dans la gestion des affaires sociales.*

Rentrent dans cette catégorie des fautes de gestion, le fait de ne pas renouveler l'assurance d'un immeuble nouvellement acquis (27) ; la perte des bulletins de souscription et des feuilles de présence aux Assemblées générales (28) ; le fait de ne pas avoir contrôlé les fonds recueillis à l'aide d'une abondante publicité qui promettaient leur emploi pour des opérations commerciales bien déterminées (29).

(24) Trib. Com. Seine, 25 nov. 1895, *J. Soc.*, 1896-281.

(25) Riom, 22 juin 1898, *J. Soc.*, 1899-211.

(26) Bordeaux, 8 mars 1886, *J. Soc.*, 1887-823.

(27) Trib. Civ. Seine, 21 juil. 1891, *J. S.*, 1892-529.

(28) Lyon, 17 juill. 1902, *J. S.*, 1903-22.

(29) Trib. Com. Seine, 23 mai 1928, *Caz. Pal.*, 1928-2-678.

c) Opérations manifestement désavantageuses faites pour le compte de la Société.

Doivent être considérées comme telles, le fait d'attribuer à des intermédiaires des commissions exagérées pour le placement d'actions ou d'obligations de la Société (30) ; le fait d'engager des dépenses désordonnées ou inutiles, en disproportion flagrante avec les ressources de la Société (31).

d) Abus de la situation d'administrateur (de Président du Conseil d'administration).

Ce sera le cas du Président qui abuserait de sa situation de Président pour obtenir le concours de la Société à la réalisation d'un prêt sans que l'Assemblée générale ait été consultée (32). De même le Président sera responsable s'il profite de sa situation de Président commun de deux sociétés pour réaliser des opérations désavantageuses à l'une d'elles (33).

e) Dissimulation aux actionnaires de la véritable situation de la Société.

Les administrateurs, et depuis la loi du 16 novembre 1940, le Président du Conseil d'administration, plus particulièrement, doivent indiquer aux actionnaires ce qu'est la situation véritable de la Société.

(30) Trib. Com. Seine, 10 févr. 1908, *J. S.*, 1909-221.

(31) Paris, 26 déc. 1923, *J. S.*, 1925-155 ; Trib. Com. Saint-Etienne, 8 janv. 1927, *Rec. Jur. Soc.*, 1927-214.

(32) Cass., déc. 1890, *R. S.*, 1891-359.

(33) Paris, 7 janv. 1892, *Rev. Soc.*, 1892-67 ; Cass. Req., 18 oct. 1897.

S'ils cachent cette situation, ils engagent leur responsabilité (34).

f) Défaut de surveillance du personnel.

Si, en principe, le Président du Conseil d'administration ne répond pas du préjudice causé à la Société par les simples préposés de celle-ci, sa responsabilité est cependant engagée si les actes des préposés n'ont été possibles que par suite d'un défaut de surveillance de la part du Président (35).

§ IV. — DÉLITS ET QUASI-DÉLITS

Le Président du Conseil d'administration répond envers les tiers et les associés de tous les actes ayant le caractère de délits ou quasi-délits civils dont il peut se rendre coupable, ceci conformément au droit commun des articles 1382 et 1383 du Code Civil.

C'est ainsi qu'il sera responsable *ex delicto* :

1° Pour une augmentation de capital social, par création d'actions nouvelles, réalisée dans des conditions néfastes, à l'aide d'irrégularités caractérisées (36) ;

2° Pour le paiement à un administrateur d'une commission sur l'actif social, à l'occasion de la constitution de la Société, alors qu'aucune Assemblée

(34) Trib. Civ. Seine, 8 janv. 1886, *J. Soc.*, 1886-778 ; Bordeaux, 30 mars 1908, *J. S.*, 1908-424.

(35) Lyon, 10 nov. 1921, *J. S.*, 1923-338 ; Trib. Com. Marseille, 13 févr. 1928, *J. S.*, 1930-296.

(36) Montpellier, 12 mars 1925, *Mond. Jud. Midi.*, 1925-113.

générale extraordinaire n'a ratifié ce paiement qui constitue une diminution de l'actif social (37) ;

3° S'il a recours à des artifices d'écritures pour dissimuler ses imprudences ou tromper la bonne foi des commissaires (38) ;

4° S'il fait effectuer des travaux dont il sait la Société hors d'état de payer le prix, sans prendre aucune mesure en vue de parer à cet état de choses (39) ;

5° S'il détourne des fonds prêtés de la destination prévue au contrat (40) ;

6° S'il procède à une émission d'obligations à l'aide d'une notice mensongère sur l'état de prospérité de la Société, en concordance avec des bilans non sincères (41) ;

7° S'il publie un prospectus contenant des allégations mensongères sur la Société, qui entraîne un tiers à souscrire des actions (42) ;

8° S'il utilise les fonds prêtés à la Société pour se rembourser de ses avances (43) ;

9° S'il procède à des paiements sans justification,

(37) C. d'Ap., Rabat, 8 juin 1926, *Gaz. Trib. Maroc.*, 24 juin 1926.

(38) Paris, 17 août 1879, *S.*, 79-II-235 et 5 déc. 1887, *D.*, 89-II-185.

(39) Cass., 6 juillet 1905, *J. S.*, 1906-306.

(40) Cass., 8 avril 1930, *J. S.*, 1931-405.

(41) Cass. Req., 3 février 1930, *Rev. Soc.*, 1930-110.

(42) Paris, 11 juillet 1931, *Gaz. Pal.*, 1931-2-610.

(43) Rennes, 26 mars 1934, *Rec. Rennes*, 1934-354.

ou à des paiements avec des dissimulations sur des prix d'achat (44).

§ V. — DISTRIBUTION DE DIVIDENDES FICTIFS

La distribution de dividendes fictifs est présentée à titre d'exemple par l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 comme le type de la faute grave dont les administrateurs doivent répondre civilement, sans préjudice de la responsabilité pénale dont ils peuvent être tenus.

Il y a distribution de dividendes fictifs lorsque des dividendes sont distribués en l'absence de bénéfices certains pouvant être considérés comme réellement acquis et susceptibles de distribution, et que par suite les sommes distribuées aux actionnaires sont prélevées sur le capital dont ils constituent une restitution irrégulière. La distribution de dividendes n'est en effet légitime que s'il y a des bénéfices réalisés ou immédiatement réalisables, et qu'en outre ces bénéfices aient été inscrits au bilan (45).

Le mobile qui conduit à distribuer des dividendes fictifs est le plus souvent le désir de tromper le public sur la prospérité réelle de la Société ou de rétablir son crédit, ou de faciliter une émission d'actions nouvelles, ou encore de provoquer une hausse factice des cours.

L'action en responsabilité contre les administra-

(44) Pau, 10 mai 1937, *Rev. Soc.*, 1937-276.

(45) Cass. Crim., 11 juill. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930-2-360.

teurs et le Président du Conseil d'administration pour distribution de dividendes fictifs existe, en dehors de la sanction pénale ouverte contre les auteurs responsables du délit de distribution de dividendes fictifs et de l'action civile en répétition, prévue par l'article 10 de la loi du 24 juillet 1867, étendu aux sociétés anonymes par l'article 45 de la même loi.

Elle peut être dirigée même contre le Président du Conseil d'administration de bonne foi, qui aurait été acquitté par la juridiction répressive, dès l'instant qu'il y a eu un préjudice causé aux actionnaires ou aux tiers (46).

Elle existe dans la mesure du préjudice subi par eux au profit des actionnaires et des tiers, notamment au profit de ceux qui ont acheté leurs titres sur la foi de l'annonce des dividendes fictifs (47).

SECTION II

La responsabilité pénale du Président résultant des dispositions légales antérieures aux décrets-lois de 1935

Avant les décrets-lois de 1935, les administrateurs de société anonyme, mandataires de la Société, voyaient leur responsabilité pénale mise en œuvre

(46) Paris, 29 mai 1889, *J. S.*, 190-75 ; Cass., 28 juin 1892, *R. S.* 1892-562.

(47) Trib. Cor. Seine, 4 juin 1923, *Gaz. Pal.*, 1923-2-127 ; Cass., 7 mai 1872, *D.*, 72-1-233 ; Seine, 2 déc. 1891, *J. S.*, 1892-537 ; Seine, 6 mars 1895, *J. S.*, 1895-360.

à l'occasion d'un certain nombre de faits ou d'omissions survenant au cours du fonctionnement de celle-ci.

Certains de ces faits ou omissions étaient, et d'ailleurs le sont toujours, prévus et réprimés spécialement par la loi du 24 juillet 1867 ou par des textes particuliers aux sociétés par actions. D'autres tombaient comme actuellement encore sous le coup des textes généraux en tant que délits de droit commun.

Le Président, en sa qualité de membre du Conseil d'administration, est naturellement visé par ces textes. Ce sera d'ailleurs généralement sa responsabilité pénale qui sera mise en cause lorsqu'un des délits prévu se réalisera du fait de son rôle prépondérant à la tête de la Société.

L'examen de cette responsabilité pénale du Président du Conseil d'administration ne présentant aucun caractère de nouveauté et n'ayant pas été modifié dans son principe par la loi du 16 novembre 1940, nous énumérerons seulement les principaux délits avec de rapides références à la jurisprudence.

Nous étudierons tout d'abord les délits de droit commun, après quoi nous examinerons ceux spécialement prévus par les textes propres aux sociétés anonymes.

§ I. — DÉLITS DE DROIT COMMUN

Le Président du Conseil d'administration peut se rendre coupable, à l'occasion de ses fonctions, de

délits de droit commun dont les plus fréquents sont ceux d'escroquerie et d'abus de confiance.

A) *Escroquerie*. — Le Président du Conseil d'administration se rend coupable du délit d'escroquerie, tout comme pouvait le faire, avant la loi du 16 novembre 1940, un administrateur :

1° Dans le cas où il affirme de mauvaise foi ou laisse affirmer des faits ou réalités inexacts en vue d'obtenir l'adhésion de souscripteurs à une émission d'obligations (48) ;

2° Lorsqu'il se concerte avec des fournisseurs de la Société pour faire majorer des factures et toucher la différence entre les prix réels et les prix facturés (49) ;

3° Lorsqu'il minore abusivement la valeur vénale des éléments actifs de l'inventaire en vue de procéder au rachat à bas prix et à son profit d'actions de la Société (50) ;

4° Lorsqu'il réalise une augmentation de capital en produisant le bilan qu'il sait faux et amène ainsi des tiers à souscrire des actions de la Société (51) ;

B) *Abus de confiance*. — Se rend coupable d'abus de confiance le Président du Conseil d'administration qui détourne les fonds sociaux de leur destination et

(48) Paris, 9 février 1893, R. S., 1893-178.

(49) Cass., 28 mai 1898, R. S., 1899-6.

(50) Metz, 21 janvier 1925, J. S., 1927-361.

(51) Paris, 13 janv. 1936, Rec. Jur. S., 1936-118.

retire de ce détournement un bénéfice personnel même indirect (52).

Il en sera ainsi, par analogie avec ce qui a été jugé pour les administrateurs :

1° Si le Président emploie pour ses besoins personnels des sommes distraites de la caisse sociale ou se fait remettre par un employé des titres qu'il revend avec bénéfice sans en rendre compte à la Société (53) ;

2° S'il utilise les fonds sociaux au soutien d'entreprises qui n'ont aucun rapport avec la Société et dans lesquelles il est intéressé (54) ;

3° S'il utilise à son profit personnel un secret de fabrication qu'il possède en raison des fonctions que la Société lui avait confiées (55) ;

4° S'il utilise les fonds provenant d'une augmentation de capital au rachat d'actions de la Société en commençant par les siennes (56) ;

5° S'il constitue un syndicat pour spéculer sur les titres de la Société avec les fonds de cette dernière, soit directement, soit indirectement, par l'intermédiaire d'une banque, simple société de façade (57) ;

6° S'il retire les disponibilités de la Société déposées dans diverses banques pour les concentrer dans

(52) En ce sens, dans le cas plus général des administrateurs : Tchernoff, *Traité de droit pénal financier*, 2^e éd., t. I, n° 632.

(53) Seine, 29 avril 1885, R. S., 1885-422.

(54) Cass., 14 nov. 1930, *Sem. Jur.*, 1931-106.

(55) Poitiers, 2 déc. 1921, *Gaz. Pal.*, 1921-2-592.

(56) Cass., 18 mai 1926, R. S., 1927-50.

(57) Trib. Cor. Seine, 4 janvier 1935, *Rev. Trim. S.*, 1935-335.

une seule banque dont il savait la situation précaire et tout justement pour aider cette banque à sortir de sa situation difficile (58) ;

7° S'il dissipe frauduleusement des fonds déposés en vue du paiement des coupons et du remboursement des titres amortis, dès lors qu'il en connaissait l'emploi et que ces fonds ne lui avaient été remis qu'à titre de mandat (59).

§ II. — DÉLITS SPÉCIAUX AUX SOCIÉTÉS ANONYMES

La loi du 24 juillet 1867 prévoit et punit un certain nombre de délits particuliers aux sociétés anonymes. Ce sont :

1° Le défaut de mention, sur tous les documents de la Société, de sa forme et de son capital.

L'article 64 stipule en effet : « Dans tous les actes, « factures, annonces, publications et autres documents imprimés ou autographiés, émanant des « sociétés anonymes ou des sociétés en commandite « par actions, la dénomination sociale doit toujours « être précédée ou suivie immédiatement de ces mots « écrits visiblement en toutes lettres : société anonyme ou société en commandite par actions, et de « l'énonciation du montant du capital social. »

Toute contravention aux dispositions qui précédent est punie d'une amende de 50 à 1.000 francs (60) ;

(58) Paris, 18 juil. 1938, *Rec. Jur. S.*, 1938-860.

(59) Paris, 9 janvier 1939, *Rev. Trim. S.*, 1939-35.

(60) Trib. Com. Seine, 31 août 1926, *Gaz. Pal.*, 1926-2-692.

2° La création frauduleuse d'une majorité factice dans l'Assemblée générale des actionnaires prévue par l'article 13 de la loi du 24 juillet 1867, qui frappe d'une amende de 500 à 10.000 francs et d'un emprisonnement de quinze jours à six mois ceux qui s'en rendent coupables (61) ;

3° Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir des souscriptions ou des versements par simulation de versements ou par la publication de mauvaise foi de faits faux, de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, ou de nom de personnes désignées, contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la Société à un titre quelconque qui est puni des peines prévues à l'article 405 du Code Pénal (art. 15 de la loi du 24 juillet 1867).

Il en a été ainsi jugé pour la souscription des titres d'obligation d'un emprunt contracté par une société, alors que les administrateurs avaient publié un bilan erroné dissimulant volontairement un important déficit (62), et pour le placement de bons de caisse réalisé à l'aide de notices imprimées énonçant des faits faux (63).

4° La distribution de dividendes fictifs en l'absence d'inventaire et au moyen d'inventaires frauduleux (art. 15 et 44 de la loi du 24 juillet 1867) (64).

(61) Cass. Crim., 3 nov. 1927, *Rec. Jur. S.*, 1928-65.

(62) Trib. Cor. Seine, 16 juin 1934, *Rev. Trim. S.*, 1934-309.

(63) Paris, 28 juillet 1937, *Rec. Jur. S.*, 1938-658 ; Trib. Cor. S., 5 mai 1928, *R. S.*, 1928-385.

(64) Cass. Crim., 31 mars 1933, *Gaz. Pal.*, 1933-I-973.

Il en est ainsi lorsqu'en connaissance de cause, pour parvenir à la distribution de dividendes fictifs figurent à l'actif du bilan, pour leur valeur nominale, deux créances d'une réalisation difficile et à échéance lointaine et ce, alors même que le bilan accuserait l'existence de réserves extraordinaires non grevées d'affectations spéciales d'un montant supérieur au dividende distribué, réserve dont l'Assemblée eût été en droit d'ordonner la répartition entre les actionnaires (65).

De même, il y a délit de distribution de dividendes fictifs, lorsqu'il résulte de la constatation des experts que les dividendes et tantièmes ont été votés malgré les pertes éprouvées par la Société (66) ou lorsqu'il n'existait ni réserve occulte, ni de bénéfice acquis ou immédiatement réalisable permettant la distribution de dividendes (67).

SECTION III

La responsabilité du Président d'après les décrets-lois de 1935 et de 1937

Les décrets-lois de 1935 et de 1937 ont apporté de nombreuses modifications à la législation des sociétés. Celles relatives à la responsabilité des dirigeants

(65) Orléans, 14 janv. 1929, *Gaz. Pal.*, 1929-I-519 ; *Cass. Crim.*, 22 janv. 1937, *J. S.*, 1938-279 ; Paris, 18 juillet 1938, *Rec. Jur. S.*, 1938-844.

(66) Paris, 28 juillet 1937, *Rec. Jur. S.*, 1938-616.

(67) Trib. Cor. Seine, 5 mai 1928, *R. S.*, 1928-3-85.

sociaux ont été particulièrement profondes. Elles ont en effet modifié à certains égards le caractère même de cette responsabilité en prévoyant la possibilité de mise en faillite des administrateurs de la Société en cas de faillite de celle-ci.

Avant d'examiner cette question capitale, nous énumérerons simplement les autres délits créés par les décrets-lois de 1935 et de 1937. Ce sont les suivants :

1° *Violation du droit préférentiel des actionnaires à la souscription des augmentations de capital* : Un décret-loi du 8 août 1935 a institué au profit des actionnaires, un droit préférentiel de souscription à toute augmentation de capital réalisée en numéraire.

La violation des dispositions de ce décret-loi est punie d'une amende de 1.000 à 100.000 francs, et si elle a été commise frauduleusement dans le but de priver les actionnaires ou certains d'entre eux d'une part de leurs droits dans le patrimoine de la Société, d'un emprisonnement de un à cinq ans.

2° *Fausse affirmation dans la déclaration notariée lors de la constitution de la Société* : L'article 15 de la loi du 24 juillet 1867 modifié par le décret-loi du 8 août 1935, et rendu applicable aux administrateurs de sociétés anonymes par l'article 45 de la loi du 24 juillet 1867, puni des peines prévues par l'article 405 du Code Pénal :

« Ceux qui dans la déclaration notariée visée à
« l'article premier de la présente loi, ont affirmé

« sincères et véritables des souscriptions qu'ils
« savaient fictives, ou ont déclaré de mauvaise foi
« que des fonds qui n'ont pas été mis définitivement
« à la disposition de la Société ont été effectivement
« versés. »

3° *Publication de faux bilans* : En dehors même de la distribution de dividendes fictifs, le fait de publier ou de présenter aux actionnaires un bilan inexact en vue de dissimuler la véritable situation de la Société, est également sanctionné par les peines prévues par l'article 405 du Code Pénal (art. 15 et 45 nouveaux de la loi du 24 juillet 1867, modifiée par le décret-loi du 8 août 1935 (68).

4° *Usage abusif des biens ou du crédit de la Société* : L'article 15, 6°, nouveau a érigé en délit spécial l'abus des biens ou du crédit de la Société en stipulant que sont frappés des peines de l'article 405 du Code Pénal « les gérants (les administrateurs, « d'après l'article 45 de la loi du 24 juillet 1867 qui « étend les dispositions de l'article 15 aux dirigeants « des sociétés par actions) qui, de mauvaise foi, ont « fait des biens ou du crédit de la Société un usage « qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, dans « un but personnel ou pour favoriser une autre « société dans laquelle ils étaient intéressés directe-
« ment ou indirectement ».

Ce nouveau délit comporte un élément matériel qui consiste dans l'usage abusif des biens ou du crédit

(68) Cass. Crim., 3 août 1938, *Gaz. Pal.*, 1938-2-814.

de la Société et un élément intentionnel, la mauvaise foi de l'administrateur.

Pour qu'il y ait usage abusif des biens de la Société, il faut tout d'abord l'emploi par un administrateur à son profit des biens sociaux, comme par exemple le fait d'utiliser momentanément des biens ou des deniers sociaux à une opération qui lui est personnelle. L'usage abusif du crédit de la Société se manifeste par des emprunts personnels faits au nom de la Société, l'intervention de la Société à titre de caution au profit de l'administrateur, l'acceptation de traite par la Société (69). Mais, aux termes de la loi il ne faut pas seulement que l'administrateur ait utilisé le crédit ou les biens de la Société à son profit. Il faut en outre que cet usage, dans son intérêt personnel, soit contraire aux intérêts de la Société. Si cette seconde condition n'est pas réalisée, le délit n'existe pas (70).

Enfin, pour que le délit existe, il faut la mauvaise foi de l'administrateur. Autrement dit, il est nécessaire que l'abus d'usage des biens ou du crédit de la Société ait été accompli en pleine connaissance du préjudice causé à cette dernière et avec la ferme intention de causer ce préjudice.

5° *Usage abusif de pouvoirs ou de voix* : L'article 15, 7°, nouveau, prévoit un autre délit, différent du

(69) Solus, *La réforme du droit des Sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937*, n° 98.

(70) Solus, *op. cit.*, n° 99.

précédent, qui est celui de l'usage abusif de pouvoirs ou de voix. Sanctionné également par les peines de l'article 405 du Code Pénal, il vise les administrateurs qui « de mauvaise foi, ont fait, des pouvoirs qu'ils « possédaient ou des voix dont ils disposaient en « cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux « intérêts de la Société, dans un but personnel ou « pour favoriser une autre société dans laquelle ils « étaient intéressés d'une manière quelconque. »

De même que pour le délit précédent, la mauvaise foi de l'administrateur doit accompagner l'élément matériel du délit qui consiste dans l'usage abusif des pouvoirs ou des voix.

D'après la majorité des auteurs (71), il faut entendre par pouvoirs, les pouvoirs légaux et statutaires des administrateurs. Le texte vise ainsi non seulement l'usage par les administrateurs des voix dont ils peuvent disposer en vertu des procurations ou pouvoirs en blanc qui leur sont donnés à l'occasion des Assemblées générales, mais également et d'une manière plus vaste l'usage par eux de tous les pouvoirs qui leur sont dévolus par la loi et les statuts pour l'administration de la Société.

L'usage de pouvoirs ou de voix ne devient punissable que s'il est abusif. Pour qu'il en soit ainsi, il faut d'une part, que l'usage des pouvoirs ou des voix

(71) Dolbeau et Cantenot, *Réforme de la législation des Sociétés*, n° 41; Houpin et Bosvieux, *Traité des Sociétés*, suppl. p. 156; Constantin et Gautrat, *Traité de Droit pénal en matière de sociétés*, n° 868; Solus, *op. cit.*, n° 106.

soit contraire aux intérêts de la Société, et que d'autre part cet usage soit fait dans un but personnel aux administrateurs ou pour favoriser une autre société dans laquelle ils sont intéressés d'une manière quelconque.

6° *Evaluation frauduleuse d'un apport en nature :*

Le décret-loi du 31 août 1937 a étendu la sanction des peines de l'article 405 du Code Pénal à « ceux
« qui auront, à l'aide de manœuvres frauduleuses,
« fait attribuer à un apport en nature une évaluation
« supérieure à sa valeur réelle ».

7° *Faillite de la Société :* En outre, un décret-loi du 8 août 1935 a complété l'article 407 du Code de Commerce ainsi :

« En cas de faillite d'une société, la faillite pourra
« être rendue commune à toute personne qui, sous
« le couvert de cette Société, masquant ses agisse-
« ments, a fait, dans son intérêt personnel, des actes
« de commerce ou disposé en fait des capitaux
« sociaux comme des siens propres. »

Ce même décret-loi du 8 août 1935 dispose dans son article 2 :

« En cas de déclaration de faillite d'une Société,
« sont punis des peines prévues par l'alinéa 3 de
« l'article 402 du Code Pénal, les administrateurs,
« directeurs ou liquidateurs d'une société anonyme,
« les gérants ou liquidateurs d'une société à respon-
« sabilité limitée et, d'une manière générale, tous

« mandataires sociaux qui, en cette qualité et de
« mauvaise foi :

« 1° ont consommé de fortes sommes appartenant
« à la Société en faisant, soit des opérations de pur
« hasard, soit des opérations fictives de bourse ou
« sur marchandises ;

« 2° ou ont fait des achats pour revendre au-des-
« sous du cours dans l'intention de retarder la faillite
« de la Société, ou dans les mêmes intentions se sont
« livrés à des emprunts, circulation d'effets ou autres
« moyens ruineux de se procurer des fonds ;

« 3° ou ont payé ou fait payer un créancier au
« préjudice de la masse après la cessation des paie-
« ments ;

« 4° ou ont fait contracter par la Société pour le
« compte d'autrui, sans qu'elle reçoive des valeurs
« en échange des engagements jugés trop considéra-
« bles eu égard à sa situation lorsqu'elle les a con-
« tractés ;

« 5° ou ont commis une des infractions prévues
« et punies par les articles 18 et 19 de la loi du
« 18 mars 1919 sur le Registre du Commerce ;

« 6° ou n'ont pas fait, dans les quinze jours de
« la cessation des paiements, la déclaration au Greffe
« du Tribunal de Commerce exigée par les articles
« 438 et 439 du Code de Commerce.

« 7° ou ont tenu ou fait tenir irrégulièrement les
« livres de la Société. »

L'article 3 du même décret-loi punit des peines prévues par l'alinéa 2 de l'article 402 du Code Pénal, les administrateurs qui, en cas de déclaration de faillite d'une Société ont frauduleusement soustrait les livres de la Société, détourné ou dissimulé une partie de son actif, ou, soit dans les écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit par le bilan, ont reconnu la Société débitrice de sommes qu'elle ne devait pas.

Ce sont au contraire les peines prévues à l'alinéa 3 de l'article 402 du Code Pénal qui frappent les administrateurs qui dissimulent ou tentent de dissimuler tout ou partie de leur patrimoine pour le soustraire aux poursuites de la Société faillie, de ses actionnaires ou de ses créanciers.

Les peines prévues dans les diverses circonstances que nous venons d'énumérer sont celles de la banqueroute frauduleuse ou de la banqueroute simple.

Enfin, l'article 10 du même décret-loi du 8 août 1935 stipule qu'en cas de faillite d'une société anonyme, les administrateurs peuvent être frappés par le Tribunal de Commerce de la déchéance du droit de gérer toute société si des fautes lourdes sont relevées à leur encontre, tandis que les déchéances attachées par la loi à la faillite sont, en vertu de l'article 5, applicables aux administrateurs condamnés par le jeu des dispositions des articles 2, 3 et 4 du décret.

Il résulte de ce décret-loi du 8 août 1935 :

1° La possibilité de mettre en faillite la personne

qui fait du commerce pour son propre compte sous le couvert d'une Société, celui qui est l'animateur d'une Société.

Les actes des dirigeants sociaux qui peuvent entraîner leur mise en faillite en même temps que celle de la Société doivent être des actes de commerce, effectués sous le couvert de la Société dans l'intérêt propre de leur auteur et avoir emporté disposition des capitaux sociaux comme s'il s'agissait de ceux appartenant à l'auteur des actes (72).

2° Que sont applicables, dans certains cas, aux administrateurs de sociétés anonymes, les peines de la banqueroute simple ou frauduleuse.

Le décret-loi énumère les faits qui sont punissables. Mais ils ne tombent sous le coup de la loi que s'ils ont été accomplis de mauvaise foi, c'est-à-dire en pleine connaissance de cause et avec une intention coupable.

3° L'interdiction du droit de diriger, administrer ou gérer une société pour les personnes qui ont subi certaines condamnations pénales ou ont été mises en faillite et n'ont pas été réhabilitées.

Le texte visant exclusivement les faillis non réhabilités, l'interdiction ne peut jouer contre ceux qui ont obtenu la liquidation judiciaire ou un règlement amiable homologué (73).

(72) Solus, *op. cit.*, n° 137.

(73) Solus, *op. cit.*, n° 164 ; Constantin et Gautrat, *op. cit.*, n° 890.

4° La déchéance du droit d'administrer ou de gérer une Société pour les administrateurs ou gérants de sociétés qui dirigeaient une Société mise en faillite si des fautes lourdes de gestion sont relevées à leur charge.

Cette déchéance n'est pas obligatoire. A l'inverse de l'interdiction du droit de diriger mentionnée au numéro précédent, elle est facultative. Le Tribunal de Commerce peut la prononcer mais n'est pas tenu de le faire, même si les conditions requises par la loi sont réunies. Sa prononciation est laissée à l'appréciation du tribunal (74).

La jurisprudence n'a fait jouer, jusqu'à présent, les dispositions du décret-loi du 8 août 1935 que dans un nombre très limité d'espèces. Il semble en particulier, que les tribunaux aient hésité à étendre aux administrateurs la faillite de la Société lorsque celle-ci survenait alors qu'un ou des administrateurs avaient fait des opérations personnelles sous le couvert de la Société.

Il a été cependant jugé que la faillite d'une société anonyme devait être déclarée commune à l'administrateur-délégué de cette Société qui, sans y avoir été autorisé, avait employé à ses besoins personnels une partie des derniers encaissements de la Société et qui, quelques jours avant le dépôt du bilan, avait vendu à un prix inférieur à leur prix d'achat, des marchan-

(74) Dolbeau et Cantenot, *op. cit.*, n° 103 ; Lafarge, *Les responsabilités pénales des administrateurs* (A. N. S. A.), p. 44 ; Solus, *op. cit.*, n° 177.

dises appartenant à la Société, sans que ces opérations aient été inscrites dans la comptabilité (75).

Par ailleurs, la jurisprudence a dégagé un certain nombre de faits qui, relevés lors de la faillite de la Société, constituent à l'encontre des administrateurs les fautes lourdes prévues par la loi pour que ces administrateurs soient déchus du droit de gérer toute société. Il en est ainsi : du fait pour un administrateur d'utiliser les titres d'un client pour les besoins de trésorerie de la Société (76) ; du fait d'exposer des dépenses d'installation et d'aménagement d'un fonds appartenant à la Société pour un montant bien supérieur au capital social (77) ; du fait d'avoir présenté des comptes à l'Assemblée générale des actionnaires sans rapport préalable au Conseil lorsque cette formalité était prescrite par les statuts et alors surtout que le rapport des administrateurs signalait de graves irrégularités sur lesquelles le Conseil aurait dû s'expliquer (78) ; du fait d'avoir fait délibérer le Conseil d'administration sans observer les conditions de quorum (79) ; du fait d'avoir manifestement surévalué les apports en nature (80) ; du fait d'avoir autorisé des souscriptions fictives (81).

Les dispositions du décret-loi du 8 août 1935 que nous venons de rappeler et la jurisprudence à

(75) Cass. Req., 16 février 1938, *Rec. Jur. Soc.*, 1938-688.

(76) Trib. Com. Seine, 4 août 1936, *J. S.*, 1938-59.

(77) Trib. Com. Lyon, 16 juin 1937, *D. H.*, 1937-499.

(78-79-80-81) Douai, 26 janvier 1939, *Rev. Trim. S.*, 1939-164.

laquelle il a déjà donné naissance, sont animées d'un esprit notablement différent de celui que traduisent les prescriptions de la loi du 16 novembre 1940 en ce qui concerne la qualité de commerçant du Président et la possibilité pour lui d'être frappé des déchéances de la faillite.

Le décret-loi du 8 août 1935 prévoit la mise en faillite des dirigeants de la Société à la suite de la faillite de celle-ci lorsqu'en réalité, la Société n'était qu'une façade derrière laquelle l'administrateur faisait le commerce dans son intérêt personnel et pour son propre compte. L'administrateur est traité comme un commerçant parce qu'il a pris lui-même en fait la qualité de commerçant en faisant personnellement des actes de commerce pour son compte. Il n'y a donc là rien qui soit contraire au principe que seul un commerçant peut être mis en faillite.

Quant aux peines de la banqueroute, elles ne supposent ni la qualité de commerçant, ni la mise en faillite de l'administrateur. Leur institution comme sanction à l'égard des dirigeants sociaux qui ont commis certaines fautes ne modifie donc en rien le caractère juridique de ces dirigeants sociaux.

Si le décret-loi du 8 août 1935 avait singulièrement aggravé la responsabilité des administrateurs, il n'avait cependant pas changé leur qualité juridique comme le fait la loi du 16 novembre 1940 en ce qui concerne le Président du Conseil d'administration.

SECTION IV

Modifications

résultant de la loi du 16 novembre 1940

L'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 dispose dans ses alinéas 5 et 6 :

« En outre, si la faillite ou la liquidation judiciaire de la Société fait apparaître une insuffisance d'actif, le Tribunal de Commerce peut, à la demande du syndic ou du liquidateur judiciaire, décider que les dettes sociales seront supportées, jusqu'à concurrence du montant qu'il déterminera, soit par le Président, soit par les administrateurs membres du Comité, soit par les autres administrateurs ou par certains d'entre eux, avec ou sans solidarité. »

Ces prescriptions de la loi du 16 novembre 1940 ne sont pas sans soulever un certain nombre de difficultés. Elles mettent à la charge du Président du Conseil d'administration, et éventuellement des autres administrateurs, les dettes de la Société en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de celle-ci si l'actif est insuffisant pour éteindre le passif.

Une première condition est nécessaire pour que jouent les dispositions des alinéas 5 et 6 de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 : la faillite ou la liquidation judiciaire de la Société. Ces deux situations juridiques sont susceptibles d'entraîner l'une et

l'autre la mise à la charge du Président du Conseil d'administration d'une partie des dettes sociales.

Mais pour qu'il en soit ainsi, il est nécessaire que l'actif de la Société soit insuffisant pour éteindre tout le passif social. Quand bien même tout l'actif social serait absorbé par les dettes de la Société, dès l'instant que les dettes ne dépassent pas cet actif, le Président du Conseil d'administration ne peut rien se voir réclamer en vertu de l'alinéa 5 de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940.

Il apparaît ainsi que la responsabilité qui est édictée à l'encontre du Président du Conseil d'administration et éventuellement des autres membres du Conseil est une responsabilité non pas vis-à-vis des associés qui sont lésés du fait de la mise en faillite ou en liquidation judiciaire de la Société et de l'absorption de tout l'actif social par le passif qui a pour conséquence d'entraîner la perte de leur participation au capital social, mais uniquement vis-à-vis des tiers créanciers de la Société.

Ce n'est pas à la Société que le Président du Conseil d'administration ou les administrateurs sont tenus de verser les sommes destinées à rembourser les dettes sociales, mais au syndic ou au liquidateur judiciaire représentant les créanciers. C'est une responsabilité vis-à-vis des créanciers et mieux même vis-à-vis de la masse de ceux-ci. C'est tellement vrai d'ailleurs que la personne qui a capacité pour demander la condamnation du Président du Conseil

d'administration ou d'un ou des autres administrateurs au paiement de tout ou partie des dettes sociales non couvertes par l'actif de la Société est le syndic ou le liquidateur judiciaire qui représente la masse des créanciers.

Les actionnaires ne pourraient donc eux-mêmes agir vis-à-vis du Président ou des administrateurs, tout au moins en vertu des dispositions de l'alinéa 5 de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940, pour demander leur condamnation au paiement de tout ou partie des dettes sociales non couvertes par l'actif ou le remboursement de la totalité ou d'une partie des sommes que la Société a pu payer pour éteindre le passif social. S'il n'y a pas insuffisance d'actif les actionnaires supportent seuls les dettes sociales.

Il semblerait dès lors que l'alinéa 5 de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 institue ainsi un nouveau cas de responsabilité délictuelle du Président du Conseil d'administration et des administrateurs vis-à-vis des tiers.

Cependant, l'alinéa 6 de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 précise que le Président et les membres du Conseil peuvent dégager leur responsabilité vis-à-vis des créanciers sociaux en faisant la preuve qu'ils ont dirigé et administré la Société avec toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié. Si la loi autorise ainsi le Président et les administrateurs à dégager leur responsabilité, c'est qu'en réalité les dispositions du paragraphe 5 reposent sur une

présomption de responsabilité du Président et éventuellement des administrateurs. Il ne s'agit donc pas d'une responsabilité délictuelle. Les articles 1382 et 1383 du Code Civil qui régissent la matière exigent en effet un lien de cause à effet entre le préjudice subi et l'acte incriminé. Or, en l'espèce, il suffit que les dettes sociales ne soient pas couvertes par l'actif pour que le Président et les administrateurs soient condamnés à les payer. Le syndic ou le liquidateur judiciaire n'a pas à faire la preuve que le passif non couvert résulte de tels ou tels agissements du Président ou des administrateurs.

D'autre part, pour dégager leur responsabilité, le Président du Conseil d'administration ou les administrateurs doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales, toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié.

Cette référence aux obligations d'un mandataire salarié pour l'appréciation de la responsabilité du Président ou des administrateurs vis-à-vis des tiers est assez inattendue. Le fait que le mandat est salarié n'a pas d'influence en ce qui concerne la responsabilité du mandataire à l'égard des tiers. Il n'en a que dans les rapports entre le mandant et le mandataire.

Si les rédacteurs de la loi du 16 novembre 1940 ont entendu prendre ce critère pour permettre au Président ou aux autres administrateurs de dégager leur responsabilité vis-à-vis des tiers pour le paiement des dettes sociales non couvertes par l'actif de la

Société, c'est qu'il n'y a pas là un cas particulier de responsabilité délictuelle. C'est en réalité une véritable responsabilité professionnelle que l'alinéa 5 de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 met à la charge du Président et des membres du Conseil d'administration. Ayant accepté les fonctions de mandataires sociaux, salariés, ils doivent gérer et diriger la Société de telle sorte que les tiers n'aient pas à supporter les conséquences d'une gestion insuffisante ou malheureuse. Si la Société est mise en liquidation judiciaire ou en faillite et que l'actif social ne suffise pas pour éteindre le passif, le Président et éventuellement les administrateurs ou certains d'entre eux sont présumés avoir mal rempli leur mandat social.

Par ailleurs, il faut noter que cette responsabilité du Président et des administrateurs n'est pas absolue. La loi dit que le Tribunal de Commerce peut décider que les dettes sociales seront supportées par le Président ou les administrateurs. Elle ne fait pas une obligation au Tribunal de Commerce d'en décider ainsi. Celui-ci dispose d'un pouvoir d'appréciation. Comment peut-il l'exercer pratiquement ? Il doit nécessairement prendre comme terme de comparaison l'activité et la diligence d'un mandataire salarié.

Ce sont donc les obligations d'un mandataire salarié qui doivent être retenues pour l'examen de cette responsabilité professionnelle du Président et des administrateurs mandataires de la Société.

La première obligation d'un mandataire salarié est constituée par l'obligation de consacrer à l'exécution du mandat dont il est chargé, tout le temps exigé pour la conduite à bon terme du mandat considéré. En ce qui concerne le Président du Conseil d'administration, il devra faire la preuve qu'il a consacré à la gestion des affaires sociales tout le temps que celles-ci demandaient. La loi du 16 novembre 1940 interdisant, par ailleurs, à une même personne de détenir plus de deux présidences de sociétés, si le Président de la Société en faillite ou en liquidation judiciaire a enfreint cette disposition légale en occupant plus de deux fauteuils présidentiels, il sera présumé n'avoir pas consacré à la Société tout le temps qu'il aurait dû lui accorder, la limitation du nombre des présidences trouvant une de ses justifications dans l'impossibilité dans laquelle une même personne est de diriger convenablement plusieurs entreprises.

De même, le Président, dans le cas où il n'exerce pas lui-même les fonctions de Directeur général, devra prouver qu'il a exercé sur celui-ci une surveillance suffisante.

D'une façon plus générale, le Président du Conseil d'administration devra faire la preuve qu'on ne peut lui reprocher aucun fait constituant de sa part une négligence ou traduisant son impéritie.

De même, si la mise en faillite ou en liquidation judiciaire de la Société résulte de violation par le

Président des prescriptions statutaires, par exemple de la réalisation d'opérations qui n'entrent pas dans l'objet social, il devra supporter le passif qui dépassera l'actif social. Il y aura d'ailleurs là, de la part du Président, un manquement au mandat reçu par lui. Un mandataire ne doit pas dépasser le mandat qui lui a été donné et surtout user des pouvoirs qui lui ont été confiés dans un but autre que celui qu'il a été chargé d'atteindre.

Il appartiendra d'ailleurs à la jurisprudence de dégager les actes qui devront être retenus comme étant ceux qu'un mandataire salarié diligent et actif n'aurait pas entrepris.

Les dispositions de l'alinéa 5 de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 soulèvent une autre question : celle de la solidarité du Président et des membres du Conseil d'administration.

L'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 renvoyait, en ce qui concerne la solidarité des administrateurs, aux principes du droit commun en la matière, en disposant :

« Les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement, suivant les cas, envers la Société et envers les tiers... »

Or, l'article 1202 du Code Civil dispose :

« La solidarité ne se présume point : il faut qu'elle soit expressément stipulée.

« Cette règle ne cesse que dans le cas où la soli-

« darité a lieu de plein droit en vertu d'une disposition de la loi. »

De même l'article 1995 relatif au contrat de mandat stipule que lorsqu'il y a plusieurs mandataires établis par le même acte, il n'y a solidarité entre eux qu'autant que celle-ci est expressément spécifiée.

La responsabilité individuelle est la règle ; la responsabilité solidaire l'exception.

La responsabilité des administrateurs devait donc être individuelle. Chacun d'eux n'avait en principe qu'à répondre de ses propres fautes et dans la mesure du préjudice personnellement causé par lui sans qu'il y ait lieu de faire une distinction entre la responsabilité contractuelle, délictuelle ou quasi-délictuelle (82).

Par ailleurs, le Président du Conseil d'administration, dont la fonction n'emportait pas, sauf de rares exceptions statutaires, plus de pouvoirs que ceux reconnus aux autres administrateurs, devait au point de vue de la responsabilité, être traité sur le même plan que ceux-ci. De même, le ou les administrateurs-délégués qui ne bénéficiaient que de délégations bien limitées et dont le rôle était surtout celui d'exécutants des décisions du Conseil. Ce n'était que s'il était démontré par l'examen de la part prise

(82) Houpin et Bosvieux, *Traité des Sociétés*, n° 871 ; Copper-Royer, *Traité des Sociétés anonymes*, n° 621 ; Paris, 25 nov. 1904, *D. P.*, 1906-5-16 ; Nancy, 3 août 1907, *R. S.*, 1908-290 ; Amiens, 5 fév. 1910, *J. S.*, 1911-213.

dans la décision de chaque administrateur, que le Président du Conseil d'administration ou les administrateurs-délégués avaient eu un rôle prépondérant, que leur responsabilité se trouvait accrue d'autant.

Le principe de la responsabilité non solidaire des administrateurs aurait pu être absolu en ce qui concerne leur responsabilité vis-à-vis de la Société. Cette responsabilité est en effet une responsabilité contractuelle. Le mandat de chaque administrateur est indépendant de celui des autres. Ils n'auraient donc dû être tenus que de leurs propres actes et individuellement.

En ce qui concerne la responsabilité des administrateurs vis-à-vis des tiers, la situation était sensiblement différente. Dans tous les cas de responsabilité délictuelle, la participation au dommage subi par les tiers entraîne pour tous les administrateurs qui y ont participé une responsabilité solidaire résultant d'une obligation *in solidum*.

Mais dans la pratique, l'application du principe de la non-solidarité des administrateurs s'était révélée fréquemment impossible. Il était généralement impossible de déterminer quels administrateurs avaient plus que d'autres, participé à la décision ou à la faute incriminée, d'autant plus que la jurisprudence ne considérait pas comme libératoire, pour un administrateur, son absence. Au contraire, elle considérait volontiers que des absences justifiées ou trop fréquentes aux séances du Conseil, rendaient l'admi-

nistrateur responsable du fait qu'il n'avait pu, par sa faute, être en mesure de s'opposer aux décisions prises. D'autre part, il y avait toujours solidarité entre les administrateurs en vertu de l'article 55 du Code Pénal, dès que la faute avait le caractère d'un délit relevant des Tribunaux répressifs.

Ainsi que le souligne COPPER-ROYER (83) : « En se
« fondant sur l'impossibilité de discerner le rôle
« individuel de chacun et en s'appuyant sur les ter-
« mes de l'article 44 qui reconnaît que la responsa-
« bilité des administrateurs peut cesser d'être indi-
« viduelle pour devenir collective, la jurisprudence
« a été amenée à considérer que la responsabilité
« des administrateurs était engagée à titre solidaire
« chaque fois que l'acte incriminé se présentait
« comme étant l'œuvre collective du Conseil d'ad-
« ministration et chaque fois qu'il était impossible
« de découvrir la part plus ou moins prépondérante
« que tel ou tel administrateur pouvait avoir prise
« dans la délibération ou dans le vote. »

Cependant, le principe de la responsabilité individuelle égale de chaque administrateur subsistait. Ce n'était que lorsqu'il y avait impossibilité de déterminer la part incombant dans l'acte ou la faute incriminée à chaque administrateur que la responsabilité solidaire se substituait à la responsabilité individuelle.

(83) Copper-Royer, *Traité des Sociétés anonymes*, 4^e éd., t. 4, n° 622.

Ces principes ne sont pas modifiés en ce qui concerne la responsabilité du Président du Conseil d'administration, comme d'ailleurs les autres administrateurs, vis-à-vis des associés et de la Société. Ils demeurent, en tant que mandataires de la Société, soumis aux prescriptions de la loi du 24 juillet 1867 et en particulier aux dispositions de l'article 44 qui n'ont pas été abrogés par la loi du 16 novembre 1940.

Il en est de même de la responsabilité à l'égard des tiers, du Président du Conseil d'administration et des administrateurs pris en tant que mandataires de la Société, sauf dans un cas particulier, qui est celui de l'alinéa 5 de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940.

Le texte dispose en effet, que le Président et les membres du Conseil d'administration peuvent être tenus des dettes sociales « avec ou sans solidarité », alors que l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 stipule que les administrateurs sont responsables « conformément aux règles du droit commun, individuelle-
« ment ou solidairement ».

L'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 envisage d'abord la responsabilité individuelle qui correspond à la règle générale du droit commun et seulement en second lieu la responsabilité solidaire qui, en droit commun, est exceptionnelle.

Au contraire, l'alinéa 5 de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 pose d'abord le principe de la responsabilité solidaire des administrateurs entre eux

et des administrateurs et du Président, en mettant en premier lieu l'expression « avec solidarité ». L'hypothèse de la responsabilité individuelle ne vient qu'en second.

Pour l'application de l'alinéa 5 de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940, qui stipule la possibilité de mettre à la charge du Président du Conseil d'administration et des administrateurs une partie des dettes sociales à la suite de la liquidation judiciaire ou de la faillite de la Société, il y a donc en principe solidarité des administrateurs entre eux et du Président et des administrateurs.

Ceci est d'ailleurs une conséquence du caractère professionnel que nous avons dégagé de cette responsabilité particulière et de la présomption relative de fautes professionnelles du Président et des administrateurs en cas d'insuffisance de l'actif social lors de la liquidation judiciaire ou de la faillite de la Société que contiennent les dispositions de l'alinéa 5 de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940. La Société étant mise en faillite ou en liquidation judiciaire et ses dettes ne pouvant être payées en totalité par son actif, ses administrateurs sont présumés n'avoir pas rempli convenablement leurs fonctions de mandataires.

Mais en ce qui concerne le Président et les autres membres du Conseil d'administration, la solidarité ne peut exister que si la situation de la Société résulte de décisions prises en commun ou émanant de l'un

et ratifiées ou exécutées par l'autre. C'est ainsi que si elle a pour cause des actes que le Président du Conseil d'administration aura fait en sa qualité de chef de la Société, indépendant du Conseil d'administration, il ne pourra en résulter une responsabilité solidaire du Président et des autres membres du Conseil d'administration.

Bien plus, nous considérons qu'une autorisation préalable du Conseil d'administration, sollicitée et obtenue par le Président, ne dégage pas la responsabilité de celui-ci vis-à-vis des tiers. En effet, comme chef de la Société, le Président a, non seulement le droit, mais également le devoir, de diriger celle-ci. En acceptant le fauteuil présidentiel, il admet qu'il a les capacités de direction nécessaires pour diriger une société anonyme. Le seul fait de l'acceptation par lui du poste de Président l'oblige à diriger la Société dans les conditions prévues par la loi. Or, la règle primordiale posée par la loi du 16 novembre 1940, c'est tout justement que le Président est le chef qui dirige la Société. Ce chef ne peut se dérober au rôle qui lui est attribué en demandant à l'organe de contrôle qu'est le Conseil d'administration de diriger à ses lieu et place.

Ce n'est que vis-à-vis des associés et de la Société que l'autorisation préalable donnée au Président par le Conseil d'administration de faire tel ou tel acte peut diminuer la responsabilité du Président et la

transformer en responsabilité solidaire de tous les membres du Conseil, y compris le Président.

Les membres du Conseil d'administration sont en effet les mandataires de la Société et des associés. En autorisant le Président, lui-même mandataire de la Société et des associés, à agir de telle ou telle façon, ils ne font qu'exercer leur mandat et préciser sur un point particulier ou à l'occasion d'une circonstance déterminée, comment celui-ci doit exécuter le mandat général de diriger la Société qu'il a reçu lors de sa désignation. Agissant ainsi dans le cadre du contrat de mandat qui lie le Président du Conseil d'administration à la Société, les membres du Conseil dégagent valablement la responsabilité du Président vis-à-vis de la Société et des associés. Mais l'autorisation ou l'accord donné ainsi au Président du Conseil d'administration ne libère pas celui-ci vis-à-vis des tiers. A l'égard de ceux-ci, il demeure le chef de la Société, responsable de la direction de celle-ci, sans que sa responsabilité puisse être atténuée d'une façon quelconque par une autorisation du Conseil.

CHAPITRE III

LA RESPONSABILITE SPECIALE DU PRESIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION EN TANT QUE PRESIDENT

Le Président du Conseil d'administration en tant que Président réunit en lui la double qualité d'administrateur-délégué et de chef de la Société. Il en découle que sa responsabilité offre plusieurs aspects. Ce sont ces aspects que nous étudierons dans deux sections.

La première sera consacrée à la responsabilité du Président du Conseil d'administration administrateur délégué de la Société.

Dans la seconde où nous traiterons du Président du Conseil d'administration directeur général obligé, nous examinerons dans deux sous-sections :

1° La responsabilité du Président du Conseil d'administration du fait du Directeur général ;

2° La responsabilité du Président du Conseil d'administration comme chef de la Société.

SECTION I

Le Président du Conseil, administrateur-délégué

Ainsi que nous l'avons exposé au chapitre premier, en recherchant quelles étaient les qualités juridiques du Président du Conseil d'administration depuis la loi du 16 novembre 1940, le Président du Conseil est le directeur choisi parmi eux par les membres du Conseil d'administration, conformément à l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867. En d'autres termes, le Président du Conseil d'administration est l'administrateur-délégué que l'on trouvait avant la loi du 16 novembre 1940 en même temps que le Président, ou parfois même confondu avec lui dans toutes les sociétés anonymes.

Le Président est même le seul administrateur-délégué de la Société, la loi du 16 novembre 1940 interdisant à tout autre administrateur d'occuper un poste de direction dans la Société.

Il se trouve donc, en sa qualité de Président, responsable dans les mêmes conditions que l'était antérieurement l'administrateur-délégué.

Or, celui-ci, nommé généralement par le Conseil d'administration était le mandataire direct de ce dernier. Il était en même temps le mandataire substitué de la Société, à moins qu'il n'en soit le mandataire direct dans le cas assez rare où il était désigné par l'Assemblée générale elle-même.

Le Président du Conseil d'administration est donc, en tant qu'administrateur-délégué de la Société, le mandataire de celle-ci. Sa responsabilité en cette qualité rejoint ainsi celle qu'il encourt en qualité de membre du Conseil d'administration. Elle est mise en jeu dans les conditions que nous avons précédemment analysées au chapitre précédent en étudiant la responsabilité du Président membre du Conseil d'administration. Nous ne nous y arrêterons donc pas.

Il nous faut simplement ajouter que s'il est responsable de l'exécution de son mandat d'administrateur-délégué vis-à-vis de la Société mandant principal, il l'est également vis-à-vis du Conseil d'administration lui-même dont il est le mandataire direct.

SECTION II

Le Président du Conseil d'administration Directeur général obligé

Si le Président du Conseil d'administration est l'administrateur-délégué-Directeur général de la loi du 24 juillet 1867, il est en outre, depuis la loi du 16 novembre 1940, le Directeur général obligé de la Société.

L'obligation pour le Président du Conseil d'administration d'être Directeur général se traduit par sa responsabilité du fait du Directeur général étranger qui est son préposé et par sa responsabilité personnelle, en qualité de chef de la Société.

SOUS-SECTION I

La responsabilité
du Président du Conseil d'administration
du fait du Directeur général

Nous avons vu précédemment, que « lorsque le
« Président du Conseil d'administration ne remplit
« pas lui-même les fonctions de Directeur général et
« que celles-ci sont exercées par un tiers, ce tiers
« exerce les fonctions de Directeur général pour le
« compte et sous la responsabilité personnelle du
« Président du Conseil d'administration ».

Bien que les commentateurs de la loi soient divisés à cet égard, nous considérons que le tiers Directeur général doit être désigné par le Président du Conseil d'administration et non par le Conseil lui-même (1).

Choisi et désigné par le Président du Conseil d'administration, le Directeur général est à la fois le préposé et le mandataire du Président, comme nous l'avons exposé au chapitre premier.

La responsabilité du Président du fait du Directeur général est tout d'abord celle d'un commettant du fait de son préposé établie par le paragraphe 3 de l'article 1384 du Code Civil. Elle est fondée sur l'idée de risque que M. SAVATIER définit ainsi (2) :

« La responsabilité fondée sur le risque créé consiste dans l'obligation de réparer des faits domma-

(1) Voir *supra*, p. 9.

(2) Savatier, *op. cit.*, n° 274.

« geables produits par une activité qui s'exerçait
« dans votre intérêt et sous votre contrôle. »

Cette responsabilité qui repose sur l'idée de risque et non sur celle de faute est irréfragable. Le commettant, en l'espèce le Président du Conseil d'administration, ne peut se soustraire à la responsabilité du Directeur général de la Société en démontrant qu'il n'a commis aucune faute. Il est toujours responsable, qu'il ait ou non commis une faute. Il en est ainsi, même si le Directeur général abuse de ses fonctions et cause de ce fait un préjudice, soit aux tiers, soit à la Société ou aux associés. En effet, même dans l'abus de fonctions, le préposé continue à engager la responsabilité du commettant (3).

Il en est ainsi tant que le Directeur général agit en qualité de préposé du Président du Conseil d'administration, c'est-à-dire en raison des ordres et des instructions qu'il reçoit du Président du Conseil d'administration.

Mais par ailleurs, sans recevoir d'instructions du Président du Conseil d'administration, le Directeur général agit, comme nous l'avons analysé précédemment, en tant que mandataire du Président pour certains actes juridiques pour lesquels le Président du Conseil d'administration lui a donné pouvoirs. Pour ces actes, la responsabilité du Président du

(3) Savatier, *op. cit.*, n° 318 ; Crim., 28 mars 1930, *Gaz. Pal.*, 1930-1-862 ; Crim., 11 juill. 1931, *D. H.*, 1931-493 ; Crim., 24 juin 1932, *Gaz. Pal.*, 1932-2-414 ; Req., 3 avril 1933, *D.*, 1934-1-5, note Josserand ; Crim., 8 déc. 1933, *Gaz. Pal.*, 1934-1-125.

Conseil d'administration du fait du Directeur général sera celle d'un mandant.

Le Président sera donc responsable des actes dolosifs et des fraudes commises par le Directeur général, comme aussi de ses simples négligences préjudiciables aux tiers commises dans l'exécution de son mandat. Il en sera ainsi non seulement quand le Président du Conseil d'administration agissant comme mandant aura été l'instigateur de la fraude ou en a eu connaissance sans l'empêcher, mais également lorsqu'il a commis personnellement une négligence sans laquelle le préjudice n'aurait pas eu lieu, quand bien même rien ne pourrait lui être reproché (4).

La distinction entre les actes faits par le Directeur général en tant que préposé du Président du Conseil d'administration et ceux faits par lui en tant que mandataire de ce dernier se fera d'après les instructions données et les pouvoirs délégués par le Président du Conseil d'administration au Directeur général. Parfois, elle ne sera pas facile, certains actes du Directeur général pouvant être faits par lui tant en raison des instructions reçues du Président, qu'en vertu des pouvoirs que celui-ci lui aura délégués. Dans ce cas, c'est la responsabilité la plus vaste, celle du commettant, qui devra être retenue à l'encontre du Président.

Le Président du Conseil d'administration est res-

(4) En ce sens : Planiol et Ripert, *Traité de Droit civil*, t. VI, n° 647.

ponsable du Directeur général à l'égard de la Société, des associés et des tiers.

A l'égard de la Société, la responsabilité du Président du fait du Directeur général joue dans les mêmes conditions que la sienne propre et se traduit par les mêmes conséquences.

Vis-à-vis des tiers, la responsabilité du Président du fait du Directeur général se transformera en une responsabilité de la Société engagée par le préposé de son Président et une responsabilité du Président à l'égard de la Société.

Enfin, il est bien certain que la responsabilité du Président du Conseil d'administration ayant été mise en jeu par un acte du Directeur général, que celui-ci ait agi en qualité de préposé ou de mandataire, le Président du Conseil d'administration a un recours contre le Directeur général. L'étendue de ce recours variera selon le caractère plus ou moins formel et précis des instructions reçues par le Directeur général.

SOUS-SECTION II

La responsabilité du Président du Conseil d'administration comme chef de la Société

Sa qualité de chef de la Société, fait peser sur le Président du Conseil d'administration une responsabilité particulière qui constitue une sorte de respon-

sabilité professionnelle ou de fonction introduite dans notre législation par la loi du 16 novembre 1940.

Cette nouvelle responsabilité peut, à certains égards, se rapprocher de la responsabilité professionnelle qui pèse sur les notaires et les avoués.

Le notaire ou l'avoué est tenu, vis-à-vis de son client, à la fois par le contrat de mandat qui le lie à celui-ci et par l'obligation plus générale dans laquelle il est d'exercer les fonctions que la loi lui attribue avec toute la correction et toute la capacité voulues. De même, le Président du Conseil d'administration exerce ses fonctions en qualité de mandataire de la Société. Mais, en même temps qu'il devient le mandataire de celle-ci, il est promu au rang de chef de la Société. A ce titre, il est chargé d'une responsabilité de fonction particulière qui résulte de l'obligation qui lui est faite de mener à bien les affaires sociales et d'agir constamment en sorte que la gestion de la Société soit parfaite.

Cette responsabilité du Président du Conseil d'administration chef de la Société est à rapprocher également de celle des fonctionnaires. Ceux-ci ne sont pas responsables des simples fautes de service, mais uniquement de leurs fautes personnelles.

« La simple faute de service, exclusive de la responsabilité personnelle du fonctionnaire, est une
« faute relativement légère, soit en elle-même, soit
« à raison des circonstances qui l'excusent (5). »

(5) Savatier, *op. cit.*, n° 225.

Quant à la faute personnelle, elle se caractérise par sa gravité. C'est tout d'abord la faute dolosive comme celle d'un fonctionnaire qui commet un acte qu'il sait préjudiciable à un particulier ou à une société uniquement par rancune à l'égard de ce particulier ou de cette société (6). Il y a encore faute personnelle du fonctionnaire lorsqu'il y a un manquement grave à un devoir professionnel ou une « erreur grossière et une légèreté coupable » (7).

La faute personnelle du fonctionnaire qui entraîne la responsabilité de celui-ci consiste donc dans une faute grave commise par lui à l'occasion ou dans l'exercice de ses fonctions.

Or, ainsi que nous allons le voir, la responsabilité professionnelle du Président du Conseil d'administration en tant que chef de la Société implique également la notion de faute grave. Ces deux responsabilités apparaissent donc comme très voisines l'une de l'autre.

La mise en œuvre de la responsabilité du Président du Conseil d'administration comme chef de la Société se traduit tout d'abord par les dispositions de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940, qui donnent au Président du Conseil d'administration, pour l'application de la loi, la qualité de commerçant.

(6) Cons. d'Etat, 8 mars 1907, *D.*, 1908-3-85 ; Tr. Bar-le-Duc, 12 fév. 1936, *Gaz. Pal.*, 1936-1-847 ; Cons. d'Etat, 23 déc. 1932, *Gaz. Pal.*, 1933-1-582.

(7) Trib. Conflits, 26 juil. 1911, *D.*, 1913-3-130 ; Savatier, *op. cit.*, n° 226.

Les membres du Conseil d'administration, mandataires de la Société, personne morale commerçante, ne sont pas commerçants. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point. D'ailleurs, un mandataire n'acquiert pas, par le mandat qui lui est donné, les qualités juridiques du mandant. Le mandataire d'un commerçant n'est pas lui-même commerçant à moins qu'il n'ait, par ailleurs et de lui-même, la qualité de commerçant et ce, même s'il fait des actes de commerce, dès l'instant qu'il ne les fait pas pour son compte personnel. Or, tel est le cas des administrateurs d'une société anonyme. Ils font bien des actes de commerce. Mais c'est pour le compte de la Société dont ils sont administrateurs. Ils ne peuvent donc, en leur qualité d'administrateurs, être commerçants.

Si la loi du 16 novembre 1940 donne au Président du Conseil d'administration la qualité juridique de commerçant, c'est uniquement en raison de ce qu'il est le chef de la Société. C'est l'exercice de sa fonction de chef qui emporte pour lui la qualité juridique de commerçant.

Il apparaît d'ailleurs que les rédacteurs de la loi du 16 novembre 1940 ont donné au chef de la société anonyme la qualité juridique de commerçant uniquement pour permettre de mieux asseoir sa responsabilité professionnelle.

On peut se demander en effet s'il est soumis à toutes les obligations légales imposées aux commer-

gants. Doit-il être possesseur d'une carte d'identité spéciale s'il est étranger ? Son inscription au Registre du Commerce est-elle obligatoire ? Doit-il publier son régime matrimonial et est-il obligé de tenir les livres dont la possession est exigée de tout commerçant ? La loi a omis de se prononcer à cet égard. Nous considérons quant à nous que dans son silence et en raison de l'intérêt qu'ont les tiers ou les associés à être renseignés exactement sur la situation juridique et pécuniaire du Président du Conseil d'administration, il y a lieu de le considérer comme soumis à toutes les obligations du commerçant. Il échappe à une seule : la tenue des livres de commerce. Ne faisant pas lui-même le commerce, il ne peut être obligé d'avoir les livres sur lesquels le commerçant enregistre sous des aspects divers son activité commerciale (8).

Mais il nous faut relever que l'inscription du Président au Registre du Commerce comme conséquence de la qualité de commerçant que lui donne la loi du 16 novembre 1940 ne présente aucun intérêt. La loi du 18 mars 1919 sur le Registre du Commerce, modifiée par le décret-loi du 30 octobre 1935 prescrivait déjà, antérieurement à la loi du 16 novembre 1940, l'inscription au Registre du Commerce du nom des associés ayant pouvoir de gérer ou d'administrer la Société. Le Président du Conseil d'administration devrait donc, même si la loi ne lui donnait pas la

(8) En ce sens : Pierre Baudouin-Bugnet et Gilles Cozard, *op. cit.*, p. 69 et s. .

qualité de commerçant, être inscrit au Registre du Commerce en vertu de ce texte. Sur ce point, la loi du 16 novembre 1940 n'apporte rien de nouveau en conférant au Président du Conseil d'administration la qualité de commerçant.

De même, la compétence de la juridiction commerciale à l'égard du Président du Conseil d'administration qui découle de sa qualité de commerçant n'offre pas d'intérêt, le Président ne faisant en cette qualité aucune opération commerciale pour son propre compte. La constatation est identique en ce qui concerne le droit de vote aux organisations et juridictions commerciales que la qualité de commerçant fait acquérir au Président du Conseil d'administration ; on le lui accordait déjà antérieurement.

Il apparaît ainsi que si le premier alinéa de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 reconnaît au Président du Conseil d'administration la qualité de commerçant pour l'application de la loi, c'est uniquement pour en déduire la conséquence inscrite dans l'article 2 qui s'exprime ainsi :

« En cas de faillite de la Société, le Président est
« soumis à la déchéance attachée par la loi à la
« faillite. »

Or, en droit français, seul le commerçant peut être mis en faillite. La personne physique ou morale qui n'est pas commerçante ne peut être mise en faillite. Les rédacteurs de la loi du 16 novembre 1940 ont donc donné au Président du Conseil d'administration

la qualité de commerçant pour que sa mise en faillite ne paraisse pas contraire aux principes de notre droit de la faillite.

Mais le Président du Conseil d'administration peut-il être mis en faillite ? On pourrait être tenté de répondre affirmativement à première lecture de l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940. Celui-ci dispose en effet que le Président du Conseil d'administration est soumis à la déchéance attachée par la loi à la faillite. Ne serait-ce pas plutôt « le Président est mis en faillite » qu'auraient voulu écrire les rédacteurs de la loi ? Nous ne le pensons pas.

Qu'advierait-il, en effet, si le Président du Conseil d'administration était lui-même mis en faillite ? Devant le silence de la loi, deux hypothèses sont à envisager. Ou bien la faillite du Président est une faillite indépendante de celle de la Société. Mais dans ce cas on ne voit pas quel intérêt présente la mise en faillite du Président du Conseil d'administration. Il n'a en effet pas cessé ses paiements personnels. Il n'est poursuivi par aucun de ses créanciers. Son actif est supérieur à son passif. Sa mise en faillite ne correspond à aucun des buts que le législateur a entendu atteindre en instituant la faillite.

Ou bien, la faillite du Président du Conseil d'administration est commune avec celle de la Société. Dans cette hypothèse, les biens du Président seraient confondus avec ceux de la Société et répondraient

comme ceux-ci de toutes les dettes sociales. Ce n'est certainement pas ce qu'ont voulu les rédacteurs de la loi du 16 novembre 1940. En effet, si telle avait été leur intention, la disposition du paragraphe 5 de l'article 4 de la loi que nous avons étudiée précédemment serait inutile en ce qui concerne le Président du Conseil d'administration, puisqu'en cas de faillite de la Société, il répondrait des dettes sociales sur tous ses biens, alors même que le passif de la Société serait inférieur à son actif.

Les rédacteurs de la loi du 16 novembre 1940 n'ont donc pas entendu que le Président du Conseil d'administration soit mis en faillite. Ils ont seulement voulu qu'il soit frappé des déchéances qui atteignent le commerçant déclaré en faillite. Si la loi parle de déchéance de la faillite, c'est par suite d'une erreur de rédaction que ne comportait d'ailleurs pas la loi du 18 septembre 1940, qui était la première forme de celle du 16 novembre 1940 et qui mentionnait bien dans son article 4 les déchéances de la faillite.

Ainsi, dès l'instant que la Société est mise en faillite, le Président du Conseil d'administration est soumis aux déchéances de la faillite.

Cette sanction qui frappe le Président du Conseil d'administration en cas de faillite de la Société correspond à une présomption de faute professionnelle ou de fonction qui pèse sur lui dès l'instant que la Société est mise en faillite.

En acceptant de s'asseoir dans le fauteuil prési-

dentiel, le Président du Conseil d'administration souscrit l'engagement de mener à bien les affaires sociales. Il doit gérer convenablement la Société. Non seulement, il ne doit entreprendre que des opérations correspondant à l'objet social de la Société, mais il doit diriger ces opérations de manière à ce que la Société reste constamment *in bonis*.

La contre-partie de cette obligation de fonction ou obligation professionnelle du Président du Conseil d'administration est constituée par la présomption de mauvaise gestion en cas de faillite de la Société, concrétisée par la sanction prévue par l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940.

Dès l'instant que la Société est mise en faillite, c'est que le Président du Conseil d'administration n'a pas apporté à sa direction tous les soins nécessaires, d'où la sanction qui le frappe. Par quelles déchéances est-elle constituée ?

Le commerçant déclaré en faillite est soumis à une série de déchéances qui visent à la fois les droits professionnels, les droits politiques et les droits honorifiques.

Du point de vue des droits professionnels attachés à la qualité de commerçant, le Président du Conseil d'administration d'une Société tombée en faillite ne pourra être ni électeur, ni éligible aux Tribunaux de Commerce (Loi du 14 juillet 1933) ; aux Conseils des Prud'hommes (Loi du 1^{er} juin 1853) ; aux Chambres de Commerce (Loi du 21 décembre 1871 ; décret du

22 janvier 1872 ; loi du 8 décembre 1883 ; loi du 19 février 1908) ; aux Chambres Consultatives des Arts et Manufactures (décret du 16 janvier 1808). L'entrée des Bourses de Commerce et aux Valeurs lui sera refusée (Code de Commerce, art. 613). Il lui est interdit de faire, à titre professionnel, des opérations de banque (Loi du 19 juin 1930).

Quant aux droits politiques et civiques, tels qu'ils résultaient des lois constitutionnelles de 1875, le Président d'une société en faillite se voit frappé ainsi : suppression du droit d'électorat et d'éligibilité à la Chambre des Députés et au Sénat (Décret-loi du 2 février 1852 et loi du 9 décembre 1884), aux Conseils généraux (Loi du 10 août 1871), aux Conseils d'arrondissement (Loi du 10 août 1871) et aux Conseils municipaux (loi du 5 avril 1884) ; interdiction d'être investi d'aucune fonction publique, administrative ou judiciaire (Décret du 12 octobre 1794) ; interdiction d'être titulaire d'un office ministériel, d'agent de change ou de courtier privilégié (art. 83 du Code de Commerce) ou de notaire (Loi du 25 ventôse an XI, mod. par loi du 12 août 1902) ; interdiction d'être courtier en marchandises inscrit (Loi du 18 juillet 1866) ; d'être juré en Cour d'Assises (art. 381, C. Inst. Crim., Loi du 24 novembre 1872), ainsi que d'être témoin dans un acte notarié (loi du 25 ventôse an XI, mod. par les lois du 7 décembre 1897 et 12 août 1902) ; interdiction d'être banquier (L. du 19 juin 1930).

Enfin, au point de vue des droits honorifiques, le

Président du Conseil d'administration de la Société en faillite perd le droit de porter les insignes de l'ordre de la Légion d'honneur (Décrets du 16 mars 1852 et du 24 novembre 1852), de la Médaille militaire (Décret du 24 novembre 1852) et ceux d'aucun ordre étranger (décret du 24 novembre 1852).

Mais, si ces déchéances sont rigoureuses lorsque le Président du Conseil d'administration est une personne physique, il faut souligner qu'elles sont illusoi-res lorsque le Président du Conseil d'administration est, comme il arrive fréquemment, une personne morale, une Société par exemple. Ainsi que nous l'avons vu, une Société peut parfaitement être administrateur et par conséquent Président du Conseil d'administration d'une autre Société.

Mais, dans ce cas, les déchéances que nous venons d'énumérer ne peuvent être appliquées.

La seule sanction réelle serait celle qui consisterait à interdire à la Société, Président du Conseil d'administration de la Société faillie, de continuer à faire le commerce. Or, cette interdiction n'est pas prévue par la loi à l'encontre du commerçant failli. Celui-ci peut parfaitement se livrer à un nouveau commerce. Il encourt seulement le risque de voir ses créanciers demander, si sa faillite n'est pas close ou si elle est réouverte, que le nouvel actif en sa possession revienne à la masse de la faillite.

En l'espèce, la Société Président du Conseil d'administration de la Société faillie n'est pas elle-même

déclarée en faillite. Elle n'a donc pas à craindre cette éventualité. Ainsi la sanction édictée à l'égard du Président du Conseil d'administration en cas de faillite de la Société par l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 ne peut jouer lorsque la présidence du Conseil d'administration est assurée par une Société ou, d'une façon plus générale, par une personne morale. Il n'en serait autrement que dans l'éventualité où tout justement l'objet de la Société consisterait dans l'exercice d'un commerce interdit aux personnes ayant été mises en faillite, comme par exemple dans l'exercice du commerce de banque. Dans ce cas, il est certain que la Société Président du Conseil d'administration de la Société faillie ne pourrait plus exercer son activité. Elle subirait ainsi la sanction prévue à l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 comme si elle était une personne physique.

Si on laisse de côté ce cas particulier, on est conduit à se demander si sous l'empire de la nouvelle loi, une Société ou plus généralement une personne morale, peut encore être administrateur et Président du Conseil d'administration puisque lorsqu'une personne morale occupe un tel poste, la loi du 16 novembre 1940 est mise en échec, et les dispositions du deuxième alinéa de l'article 4 ne peuvent plus être appliquées. Nous avons déjà répondu affirmativement à cette question.

D'ailleurs, dans le cas où la personne morale con-

sidérée est une société commerciale, et pratiquement, c'est la seule éventualité qui se présente, il faut souligner que cette personne morale est déjà commerçante avant d'avoir la qualité de Président du Conseil d'administration d'une autre société. Elle pourra donc être mise en faillite à la suite de la faillite de la Société dont elle est présidente si la faillite de la première entraîne pour elle, par le jeu des dispositions de l'alinéa cinq de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940, l'obligation de payer des sommes importantes. De ce fait, son Président pourra lui-même être touché par les déchéances de la faillite et les principes posés par l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 seront sauvegardés.

Dans la première forme de la loi sur la Direction des sociétés par actions qui était celle de la loi du 18 septembre 1940, la présomption de faute de gestion à l'encontre du Président du Conseil d'administration que traduisent les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 2 de la loi du 16 novembre 1940 était irréfragable. Le Président du Conseil n'avait pas la possibilité de prouver qu'il n'avait commis aucune faute de gestion et que la faillite de la Société était due à des circonstances extérieures indépendantes de sa direction.

Plus raisonnablement, dans sa seconde édition du 16 novembre 1940, la loi sur la direction des sociétés par actions a accordé au Président du Conseil d'administration le droit de prouver qu'il n'a commis

aucune faute grave dans la gestion de la Société et qu'il ne méritait pas de subir les déchéances attachées par la loi à la faillite. Néanmoins, c'est à lui à faire la preuve qu'il n'a commis aucune faute. S'il ne peut apporter cette preuve, il est frappé des déchéances de la faillite.

Quel est le degré des fautes que doit avoir commis le Président du Conseil d'administration pour ne pouvoir être déchargé de la présomption de responsabilité qui pèse sur lui ? La loi précise qu'il doit démontrer qu'il n'a commis aucune faute grave.

Jusqu'à la loi du 16 novembre 1940, la terminologie juridique ne comprenait que la faute lourde assimilable au dol (9) et la faute légère. La première implique une idée voisine de celle de mauvaise foi, tandis que la seconde est constituée plutôt par une imprudence.

Les rédacteurs de la loi du 16 novembre 1940 paraissent ne pas avoir voulu que le Président du Conseil d'administration se voie libéré de la présomption de responsabilité que la loi fait peser sur lui dès lors qu'il aurait démontré qu'il n'a commis aucune faute lourde. La loi demande plus au Président du Conseil d'administration. Elle admet qu'il se laisse aller dans la gestion à des fautes légères que tout commerçant consciencieux peut commettre. Mais elle lui

(9) En ce sens : Paris, 25 oct. 1932, *Gaz. Pal.*, 1932-2-851 ; Req., 24 oct. 1932, *D. H.*, 1932-1-176 ; Civ., 29 juin 1932, *Gaz. Pal.*, 1932-2-508 ; Savatier, *op. cit.*, n° 178.

refuse le droit de commettre des fautes qui, bien que n'étant pas des fautes lourdes, ne sont plus cependant de simples fautes légères. Elle se montre ainsi particulièrement exigeante à son égard. Mais en réalité les tribunaux auront un pouvoir d'appréciation. Ce sera à eux de dire s'il y a ou non faute grave du Président du Conseil d'administration. Mais s'agissant d'une question de fait, la Cour de Cassation n'aura qu'à constater si dans leurs décisions les tribunaux ont bien visé la faute grave, sans pouvoir elle-même l'apprécier.

Par ailleurs, vis-à-vis de qui doit-il y avoir faute grave pour que le Président du Conseil d'administration ne puisse être relevé des déchéances de la faillite. Est-ce vis-à-vis des tiers lésés par la faillite de la Société, ou vis-à-vis de celle-ci ?

La loi n'envisage pas dans l'alinéa 2 de son article 4, le résultat de la faillite comme elle le fait dans l'alinéa 5 du même article. Le Président du Conseil d'administration est frappé des déchéances de la faillite dès l'instant que la Société est mise en faillite, même si la faillite se termine par un dividende à cent pour cent, ou si la Société obtient son concordat. Ce sont donc uniquement les fautes graves commises vis-à-vis de la Société que le législateur a entendu viser dans l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi.

En pratique, quelles seront ces fautes graves qui empêcheront au Président du Conseil d'administration de se libérer de la présomption de responsabilité

qui pèse sur lui en cas de faillite de la Société. La loi n'en donne pas l'énumération. Il était bien difficile qu'elle le fit. La prévision de toutes les hypothèses qui peuvent se présenter dans la pratique est impossible. Mieux valait laisser aux Tribunaux le soin d'apprécier. Il appartiendra donc à la jurisprudence de dégager les principales fautes graves, en prenant comme critère la diligence d'un commerçant sérieux et consciencieux.

D'une façon générale, on peut d'ores et déjà dire qu'il y aura faute grave de la part du Président du Conseil d'administration empêchant qu'il soit relevé des déchéances attachées par la loi à la faillite lorsque la mise en faillite de la Société aura été provoquée par des opérations dont les risques dépassent les risques normaux attachés à la nature des opérations considérées. Ce sera par exemple le cas de l'acquisition d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à un prix bien supérieur à sa valeur réelle, alors même que l'opération présentait un intérêt apparent pour la Société. De même le fait de n'avoir procédé qu'à des amortissements insuffisants ou de n'avoir pas constitué de provisions spéciales pour des risques éventuels facilement prévisibles constituera pour le Président des fautes graves bien qu'il ait été de bonne foi en agissant comme il l'a fait.

Le caractère professionnel ou de fonction de la responsabilité du Président du Conseil d'administration que nous venons d'analyser est souligné par le

fait que ce ne sont pas les tiers ou les associés ou la société lésés qui ont qualité pour demander la condamnation du Président aux déchéances attachées par la loi à la faillite. C'est le Tribunal de Commerce qui, de plano, lorsqu'il a connaissance de la faillite de la Société doit prononcer la condamnation à l'encontre du Président du Conseil d'administration.

Comme il n'y a pas de Ministère public auprès du Tribunal de Commerce, c'est le Juge-commissaire de la faillite de la Société qui devra faire un rapport au Président du Tribunal de Commerce pour lui signaler les faits. Saisi par son Président, le Tribunal de Commerce devra prononcer la déchéance du Président du Conseil d'administration de la Société déclarée en faillite. Toutefois, avant que le Tribunal de Commerce prononce son jugement, il devra autoriser le Président du Conseil d'administration de la Société à apporter les justifications qui pourraient lui permettre d'éviter d'être frappé des déchéances de la faillite.

Nous venons d'étudier la disposition de la loi du 16 novembre 1940 qui concrétise et sanctionne la qualité de chef de la Société du Président du Conseil d'administration. Mais la question qui vient immédiatement à l'esprit est celle de l'incidence de la qualité de chef de la Société du Président sur la responsabilité civile et pénale de celui-ci.

La loi ne contient aucune disposition à cet égard. Il apparaît cependant que la qualité de chef du Président devra amener les Tribunaux à apprécier sous un

angle nouveau la responsabilité tant civile que pénale du Président du Conseil d'administration.

Le chef de la Société doit diriger celle-ci non plus uniquement dans l'intérêt des associés comme le faisaient antérieurement les administrateurs qui n'étaient que mandataires des associés. Il doit considérer, au delà des intérêts des associés, l'intérêt social qui peut parfois différer de l'intérêt immédiat des associés, bien qu'en définitive il le rejoigne, et surtout l'intérêt général, ce que la législation allemande appelle le : « bien commun du peuple et de l'Empire ».

Sans doute cette notion de l'intérêt général de l'Economie que le chef de la Société doit faire prévaloir dans sa gestion sur toute autre considération n'est-elle pas énoncée dans la loi française du 16 novembre 1940 comme elle l'est à chaque instant dans la loi allemande sur les sociétés par actions du 30 janvier 1937.

Néanmoins, elle est en puissance dans la loi et il est certain que la jurisprudence devra désormais apprécier avec plus de sévérité la responsabilité tant pénale que civile du Président du Conseil d'administration en fonction de cette notion de chef détenteur dans une certaine mesure de l'autorité de l'Etat et ayant mission de faire respecter l'intérêt général de la collectivité nationale.

Il semble en particulier que les tribunaux devront tenir un certain compte de cette notion de l'intérêt général pour apprécier les fautes du Président du

Conseil d'administration en cas de faillite de la société, lorsque le Président doit être frappé des déchéances de la faillite. Si les actes qu'il a commis tout en ayant le caractère de fautes graves vis-à-vis de la Société ont été commandés par l'intérêt général de l'Economie, il semble bien que le Président devra être relevé des déchéances de la faillite, son devoir de chef responsable devant l'Economie Nationale devant primer ses obligations de mandataire de la Société.

CONCLUSION

L'étude de la responsabilité du Président du Conseil d'administration telle qu'elle résulte des dispositions de la loi du 16 novembre 1940, fait apparaître l'importance de cette loi en ce qui concerne la législation des sociétés anonymes.

Elle introduit dans le droit français des sociétés par actions une notion nouvelle : celle du chef.

Dès 1937, cette notion a été placée par la législation allemande au frontispice de la loi du 30 janvier 1937 sur les sociétés par actions et en commandite par actions. Mais jusqu'à la loi du 16 novembre 1940 elle n'apparaissait pas dans la législation française.

En même temps, et corrélativement d'ailleurs, elle porte atteinte à la notion d'anonymat qui jusqu'à ce jour dominait la notion de société par actions pour attribuer un rôle prépondérant au Président du Conseil d'administration. La conséquence naturelle en est l'accroissement de la responsabilité du Président du Conseil d'administration.

Mais il nous faut souligner pour conclure que si toutes ces notions apparaissent à l'examen de la loi et se dégagent de l'étude de la responsabilité du Président du Conseil d'administration, elles ne sont pas clairement exprimées par le texte légal. Elles y sont seulement implicitement contenues.

Bien loin de marquer un résultat complètement atteint, la loi du 16 novembre 1940 constitue une étape. Les notions qu'elle contient ont besoin d'être clarifiées et précisées. Ce sera sans nul doute l'œuvre de la jurisprudence que son application ne manquera pas de faire naître. Mais ce devra être surtout le rôle de la codification de la législation des sociétés actuellement à l'étude, qui pourra faire des dispositions légales sur les sociétés un ensemble cohérent, animé par des principes directeurs nettement posés et clairement exprimés.

Vu : LE DOYEN,
G. RIPERT.

Vu : LE PRÉSIDENT,
JULLIOT DE LA
MORANDIÈRE.

Vu et permis d'imprimer :
LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE DE PARIS,
GILBERT GIDEL.

BIBLIOGRAPHIE

- AYMARD. — Le nouveau statut de la fonction d'administrateur des sociétés anonymes.
- BAUDOUIN-BUGNET. — Les Sociétés par actions en Allemagne.
- BAUDOUIN-BUGNET et GOZARD (Gilles). — La Direction des sociétés par actions en France et en Allemagne.
- CHAMBAZ et LEBLOND. — Précis des Sociétés.
- COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de Droit Civil français.
- CONSTANTIN et GAUTRAT. — Traité de Droit Pénal en matière de sociétés.
- COPPER-ROYER. — Traité des sociétés anonymes.
- COUTELLIER. — Evolution des principes concernant la responsabilité civile des administrateurs de sociétés anonymes.
- DECUGIS. — La loi du 16 novembre 1940 relative aux sociétés anonymes.
- DOLBEAU et CANTENOT. — Réforme de la législation des Sociétés.
- GARRAUD. — Précis de Droit criminel.
- GONTIER. — Le directeur et l'administrateur-délégué de la société anonyme.
- HOMMEY. — La responsabilité personnelle des administrateurs.
- HOUPIN et BOSVIEUX. — Traité général des sociétés.
- LAFARGE (R.). — Les responsabilités pénales des administrateurs.

- LEFAIVRE. — La régularité du bilan des sociétés par actions.
- MAZEAUD. — Traité de la responsabilité.
- PIC. — Evolution récente du droit des sociétés.
- PLANIOI et RIPERT. — Traité de Droit civil français.
- ROUSSEAU. — Inventaires et Bilans.
- SAVATIER. — Traité de la responsabilité civile en droit français.
- SOLUS. — La réforme du droit des Sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937.
- TCHERNOFF. — Traité de droit pénal financier.
- URTIN. — Administrateurs, gérants et commissaires dans les sociétés par actions et organismes d'assurances devant les décrets-lois.

REVUES

- Dalloz périodique.*
- Dalloz hebdomadaire.*
- Gazette du Palais.*
- Gazette des Tribunaux.*
- Gazette des Tribunaux du Maroc.*
- Journal des Sociétés.*
- Journal des Tribunaux de Commerce.*
- Les lois nouvelles.*
- Monde judiciaire du Midi.*
- Recueil juridique des sociétés.*
- Recueil de Rennes.*
- Recueil Sirey.*
- Répertoire général du Notariat.*
- Revue Politique et Parlementaire.*
- Revue des Sociétés.*
- Revue spéciale des Sociétés.*
- Revue Trimestrielle des Sociétés.*
- La Semaine Juridique.*

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
CHAPITRE PREMIER. — <i>Les fonctions du Président du Conseil d'Administration</i>	9
<i>Section I.</i> — Avant la loi du 16 novembre 1940	9
<i>Section II.</i> — Depuis la loi du 16 novembre 1940	16
CHAPITRE II. — <i>La responsabilité du Président en tant que membre du Conseil d'Administration</i>	46
<i>Section I.</i> — La responsabilité civile du Président	47
<i>Section II.</i> — La responsabilité pénale du Président résultant des dispositions légales antérieures aux décrets-lois de 1935 ..	63
<i>Section III.</i> — La responsabilité du Président d'après les décrets-lois de 1935 et 1937	69
<i>Section IV.</i> — Modifications résultant de la loi du 16 novembre 1940	81
CHAPITRE III. — <i>La responsabilité spéciale du Président du Conseil d'Administration en tant que Président</i>	95
<i>Section I.</i> — Le Président du Conseil administrateur-délégué	96
<i>Section II.</i> — Le Président du Conseil d'Administration directeur général obligé	97

Sous-section I. — La responsabilité du Président du Conseil d'Administra- tion du fait du directeur général	98
Sous-section II. — La responsabilité du Président du Conseil d'administra- tion comme chef de la société	101
CONCLUSION	121
BIBLIOGRAPHIE	123
TABLE DES MATIÈRES	125

ACHEVÉ D'IMPRIMER LE 26 NOVEMBRE
1941 SUR LES PRESSES
DE L'IMPRIMERIE JEHAN
GAILLON - (EURE)

